COMENTARIOS

AL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

Vocal de la Sección 1.ª de la Comisión general de Codificación
y Magistrado jubilado del Tribunal Supremo

CON LA COLABORACIÓN DE VARIOS JURISCONSULTOS

Y UNA INTRODUCCIÓN DEL

Excmo. Sr. D. FRANCISCO DE CÁRDENAS

TOMO IV

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
á cargo de José M. Sardá
Ronda de Atocha, 15, centro.

1895

TÍTULO V

DE LA POSESIÓN

La obra de un Código civil ofrece variedad incesante al legislador; como la observación de un paisaje presenta grandes contrastes al viajero. Las materias de nuestro Derecho civil, unas sencillas, otras erizadas de peligros, otras con ligeros escollos, se presentan eslabonadas como los accidentes de una comarca ante el paso del viajero.

Después de una gran llanura, el terreno va ondulándose y haciéndose cada vez más accidentado, sucédense las asperezas de la sierra con sus estrechas sendas y sus profundos barrancos; parece á veces que corta los pasos una barrera infranqueable, y sin poder siempre acertar el explorador con el camino verdadero, después de vencer grandes obstáculos, lleno de fatiga y maltrechas sus fuerzas, rendido y sin aliento, llega á la alta meseta, donde le es permitido descansar, para bajar de nuevo y continuar la excursión por aquellas vertientes, llanos y colinas que se divisan á lo lejos.

El libro segundo del Código civil es la parte montañosa de este cuerpo legal, y dentro de él, la posesión constituye uno de esos pasos difíciles, en los que el viajero agota sus fuerzas fisicas, como el legislador y el jurisconsulto sus fuerzas intelectuales, sin estar por eso seguro de escapar con bien en su difícil empresa. Pero así como el terreno llano no es el más pintoresco, las materias fáciles no son las más atractivas. Por desgracia, extremando la comparación, tampoco es bastante que un paisaje sea muy escabroso

para que resulte pintoresco, como no siempre va unido lo difícil con lo agradable, y esto precisamente ocurre con la posesión, materia sobre la cual se ha escrito mucho, y aun queda mucho que decir.

Decimos esto, no por disculpar ni por encomiar nuestra obra, sino para que se comprendan y se expliquen las deficiencias y vaguedades de nuestro Código en materia de posesión, y las dificultades con que ha tenido que luchar al encerrar en sus artículos 430 al 466 toda la doctrina referente á tal punto. ¡Ni cómo dar gusto á todos cuando cada escritor puede decirse que refleja una opinión diferente!

Nuestra labor es sólo la de comentar; pero siguiendo el plan adoptado en esta obra para otras materias, expondremos previamente y de un modo sucinto algunas ideas generales, y completaremos nuestro trabajo con las doctrinas de la ley Hipotecaria, de las cuales es imposible prescindir.

Origen y desarrollo de la posesión. Fuentes legales.

Si por la posesión se entiende la facultad de gozar y disponer de las cosas *reconociendo* el dominio en otra persona; el ejercicio de un derecho sin el derecho mismo, pero en nombre del que tiene el derecho; algo así como una propiedad de naturaleza limitada, subordinada, ó un derecho revocable, ciertamente tienen razón Merenda, Viso, Carou y otros escritores, al sostener que la posesión fué el primer signo y el verdadero origen de la propiedad, considerando á ésta como un derecho superior é inabordable, una especie de poder, dominio ó derecho esencial y eminente, que sólo residía en la Divinidad (pueblo hebreo), en el Rey ó Emperador (China), en castas privilegiadas (India) ó en la Ciudad (Roma).

Si, por el contrario, queremos ver en la posesión una facultad sobre las cosas en contradicción con el derecho del dueño, que no sólo *no se reconoce* ni respeta, sino que muchas veces hasta se ignora; una propiedad falsa, de origen vicioso, conocido ó desconocido; el ejercicio en nombre propio de un derecho sin el derecho

mismo, entonces tendremos que reconocer con Azcárate, Ihering, Ahrens y otros, que la noción de posesión se produce con motivo de la relación de propiedad, que la posesión no pudo nacer hasta que la propiedad en sus sucesivas transformaciones fué reconocida en el individuo, y frente al derecho de éste se observó una y otra vez un derecho distinto, aunque análogo, y pretendido sobre las mismas cosas ya sujetas á la relación de propiedad, ó un estado de hecho, contradictorio del derecho que representa y cuyo ejercicio simula.

Claro es que actualmente las legislaciones positivas admiten la posesión en el último sentido expresado; claro es también que la idea de posesión no se concibe sin la de propiedad, ó si se quiere, sin la del derecho, examinando la cuestión desde un punto de vista más general y elevado; pero no se crea que existe verdadero antagonismo en las opiniones expuestas sobre el origen de la posesión. Realmente, y concretándonos á las cosas donde la relación es más visible y clara, este derecho es el mismo de propiedad sin la propiedad, aunque dicho así parezca una paradoja; la posesión tiene los mismos caracteres exteriores y los mismos elementos aparentes que la propiedad, sin ser tal propiedad; es la propiedad *de hecho* separada de la propiedad *de derecho*; y así como enfrente de la propiedad individual pudo nacer la posesión individual, enfrente de la propiedad de la familia pudo nacer la posesión de las mismas cosas por otra familia; y cuando esta oposición de derechos, ó si se quiere, cuando esta oposición entre el derecho mismo y el derecho al simple ejercicio del derecho, no era posible, por ser la propiedad de la tribu ó del pueblo, aun sobre el estado de hecho (propiedad ó posesión, como se quiera), se reconoció un derecho superior, expresivo de la posibilidad de hacer cesar ese estado de hecho, que no tan impropiamente como quiere suponerse se calificaba de posesión.

Posesión era el derecho de la tribu sobre las cosas ocupadas, porque era una propiedad sin propiedad, y cuando el hombre, desligándose de ciertas preocupaciones ó teorías, tan verdaderas como de escasa utilidad práctica, se consideró como legítimo propietario.

ya estimando como unidad de propiedad al grupo de familias, ya á la familia, ya al individuo, al observar la misma contradicción, al ver en unos la propiedad de hecho, y en otros la propiedad de derecho respecto á las mismas cosas, debió apreciar esto como un remedo de las teorías primitivas, y reconocer en el falso propietario (grupo ó individuo) un simple poseedor, y en el propietario legítimo una entidad que venía á sustituir á lo que en lo antiguo fué Divinidad, Rey ó Emperador, ciudad ó casta.

En verdad, la posesión debió nacer en todos los pueblos mediante la apuntada contradicción. No hemos de estudiar la importancia y el sucesivo desarrollo de esta institución en las diferentes legislaciones, cuyo examen nos llevaría muy lejos, dando á nuestro estudio una extensión que no consiente la índole de esta obra. Bastará que demos ligera idea de la posesión en Roma y de la *gewere* germana.

En el derecho antiguo de *Roma*, la posesión revestía un marcado carácter materialista, así es que sólo se aplicaba á los objetos físicos y requería una aprehensión ú ocupación actual y corporal. Al mismo tiempo la posesión significaba, como dice el Sr. Azcárate, un poder absoluto análogo á la propiedad. Concretada la idea á las cosas y nada más que á las cosas, la deducción era lógica é irremediable.

Extendióse más tarde la misma idea de las cosas á los derechos reales, inventándose para explicar esta extensión, considerada como anómala, la llamada *cuasi posesión*, y distinguiendo siempre entre la mera detención de las cosas, no considerada como posesión, y la posesión verdadera que requería el ánimo ó la intención de tener las cosas ó los derechos reales como propios.

La propensión natural á generalizar, la realidad misma de los hechos, ciertas ideas de analogía, y tal vez, como dice Savigny, la falta de un conocimiento profundo del derecho de Roma, en aquellos extremos donde como el posesorio su mecanismo es más complicado, llevaron en los siglos medios á extender la idea de la posesión á toda clase de objetos, cosas ó derechos, aun á los cargos, y á proteger toda relación de una persona con una cosa, lo mismo la

del propietario y la del antiguo poseedor, que la del depositario, arrendatario, acreedor pignoraticio, etc., y aun la del ladrón, en cuanto el vicio de adquisición no fuese patente. De aquí la *Gewere* germana y la *Saisine* francesa, con su amplio sentido objetivo, que, según Lehr, indicaba tres cosas distintas: 1.° El poder de hecho que se tiene sobre un objeto (la simple posibibilidad de disponer de él). 2.° El derecho que nacía de ese poder de hecho. 3.° El mismo objeto sobre el cual recaía ese poder ó ese derecho.

Desenvuélvense más tarde los estudios jurídicos; renace la influencia del derecho romano; sucédense explicaciones y teorías de escritores distinguidos, como Antonio Agustín, Melchor de Valencia, Ramos Manzano, Fernández Retes, Heinecio, Pothier, Savigny, Thibaut, Gans, Puchta, Sthal, Rœder, Ahrens, Giner y Calderón, Ihering, Bruns, Lehr, Van Wetter, Laurent, Domat, Alrecht, Sandhas, Randa, Rudorff, Molitor, Mainz, Zachariæ, Marqués de Olivart, Aubry y Rau, Liebe, etc. (1); publícase el Código de Napoleón, y más tarde los de Italia, Austria, Holanda, Suecia, Servia, Berna, Lucerna, Zurich, Vaud, Portugal, España, Guatemala, Méjico, etc., y hoy nos encontramos con un cuerpo de doctrina jurídica y legal, que si de un lado revela la importancia concedida actualmente á la posesión, de otro acusa una lamentable confusión en esta materia.

En España, las leyes que han regido sobre la posesión son las siguientes:

Fuero Juzgo.—Hacen relación á la posesión con motivo de la prescripción, de la que se ocupan principalmente el tít. 2.° del libro 10, sobre el tiempo necesario para prescribir, y la ley 2.ª, título 3.°, libro 4.°, sobre los bienes de los huérfanos.

Fuero Viejo de Castilla.—Leyes del tít. 4.° del libro 4.°, sobre prescripción.

Fuero Real.—En el mismo sentido las leyes del tít. 11, libro 2.°

---

(1) Véanse las fuentes completas de Bibliografía sobre esta materia, hasta el año 1884, en la obra del Marqués de Olivart «La posesión; su noción en el derecho abstracto».

Leyes del Estilo.—Las que llevan los núms. 192, 221 y 242.

Partidas.—Las que encerraban el derecho vigente antes de la publicación del Código. Separaron las reglas referentes á la posesión de las aplicables á la prescripción.

Posesión.—Lo que es, sus clases y requisitos para ganarla; cómo se pierde, etc.; tít. 30 de la Partida 3.ª

Poseedor de buena y mala fe, frutos, expensas, etc.: leyes 39 á 44 del tít. 28 de la misma Partida.

El poseedor de una cosa, debe ser mantenido en ella, mientras el que la demanda no pruebe que es suya: leyes 28 y 29 del tít. 2.º de la Partida 3.ª

Relaciones entre la propiedad y la posesión: ley 27, tít. 2.º, Partida 3.ª, y ley 10, tít. 33, Partida 7.ª

Prescripción.—Tiempo por el que se ganan y pierden las cosas muebles y raíces; razón de la prescripción, requisitos, cosas que no se pueden prescribir, menores, ausentes, etc.: tít. 29 de la Partida 3.ª

Véanse también las leyes 1.ª, tít. 17, Partida 2.ª; la 5.ª y 9.ª del tít. 29 de la misma Partida; la 7.ª del tít. 14, y la 9.ª del tít. 19 en la Partida 6.ª, y la 8.ª, tít, 14, Partida 1.ª

Ordenamiento de Alcalá.—Tratan de prescripción las leyes 1.ª y 2.ª del tít. 9.º, y la 2.ª y 3.ª del tít. 27.

Leyes de Toro.—La 45, la 63 y la 65.

Ordenanzas Reales.—Libro 3.º, títulos 13 y 14.

Novísima Recopilación.—Posesión: tít 34 del libro 11.—Prescripción: tít. 8.º del mismo libro.

Por último, el derecho vigente reconoce como fuentes legales, como expresa el Sr. Sánchez Román:

1.ª La base 11 de la ley de 11 de Mayo de 1888, y los artículos 430 al 466 del Código civil.

2.ª Las reglas 14 y 27 del art. 63, y los 1631 á 1685, 2056 á 2060, 2061 á 2070, todos de la ley de Enjuiciamiento civil, relativos á la competencia de Jueces y Tribunales para conocer de los interdictos, á las diferentes clases y reglas de éstos, á la posesión judicial solicitada y obtenida en autos de jurisdicción voluntaria, al deslinde y amojonamiento, y á los apeos y prorrateos.

3.ª Los arts. 23, 25, 27, 28, 35, 77, 97, 397 y demás concordantes de la ley Hipotecaria y de su reglamento, que se refieren á materias de posesión.

4.ª Algunos preceptos de leyes especiales, como las de Aguas, Minas, etc., á los cuales podemos añadir el Real decreto de 26 de Agosto de 1893 sobre terrenos desamortizados roturados, y cuantas disposiciones se ocupan de la posesión de bienes del Estado ó de Corporaciones.

5.ª La doctrina de jurisprudencia, establecida en aplicación de estos artículos de leyes, como la de Enjuiciamiento civil, Hipotecaria, y otras especiales, que, sin embargo del Código, continúan subsistentes.

El derecho anterior al Código será examinado con relación á cada artículo dentro de su respectivo comentario.

Idea de la posesión.

La palabra posesión equivale, según las Partidas, á «ponimiento de pies», reflejando el Rey Sabio la opinión antigua, según la cual, dicha palabra denotaba insistencia, permanencia, representaba una relación puramente material del hombre con las cosas, y se derivaba, bien de *positio-pedium,* bien de *po -sedere.*

Cambiando algo el sentido de la frase, se sostuvo que la posesión no significaba el hecho mismo del ponimiento de pies á que se referían las Partidas, sino la facultad de realizar esa relación. *Potes sum sedere,* tengo facultad de sentarme.

Por último, se ha derivado la palabra posesión de *posse,* poder, tener facultad ó fuerza en alguna cosa, siendo esta explicación, como afirma el Marqués de Olivart, la más natural y conforme á la razón.

Las mismas tendencias que se notan al buscar la etimología de la palabra, se observa también al explicar la idea de la posesión. De la tenencia ú ocupación actual y corporal de una cosa, se pasó á la posibilidad de defenderla, sostenida por Savigny, y más tarde al poder ó sujeción de la materia por el hombre.

Del mismo modo la idea de la posesión presenta contrastes de difícil explicación. Desde Meischeder, que considera la posesión como una idea innecesaria, como una aberración del sistema jurídico, hasta Lenz, que la considera como la base de toda teoría de derecho, media un abismo, el que hay de la nada al todo. Desde la concepción materialista del pueblo romano, hasta la opinión del Marqués de Olivart, que hace consistir la posesión en el ejercicio del contenido de todo derecho, caben muchas teorías intermedias.

Consideróse primero como el carácter esencial de la posesión la detención de la cosa con la intención de tenerla para sí, *animus sibi habendi.*

Precisóse después el verdadero sentido de esa idea, admitiendo el *animus domini* ó *animus dominanti*, operación de la voluntad de querer dominar la cosa como lo haría el dueño, llegando á no exigirse como necesario que el poseedor tuviese la opinión de dueño, sino sólo la intención de usarla como lo haría el dueño.

Siempre, no obstante, admitían casi todos la posesión como relación de hecho correspondiente á la de derecho que se denomina propiedad, limitando, por tanto, la posesión á las cosas, ó á lo más, extendiéndola á los derechos reales.

Más tarde se ha tratado de separar la idea de posesión de la de propiedad, refiriéndola á todo derecho, exigiendo sólo un interés jurídico cualquiera en la conservación de las cosas, y volviendo respecto á éstas á la antigua idea de ser bastante á caracterizar la posesión el ánimo de conservar la cosa ó el derecho para sí, el ánimo, no de dueño, sino de tenedor *(animus possidendi, animus sibi habendi)*, si bien deslindando bien los campos, antes confundidos, entre la intención de dueño y la intención de simple tenedor.

Por otra parte, el concepto de la posesión en abstracto había recibido un exagerado impulso. La simple unión de la voluntad con el mundo no libre, el apoderamiento de éste sin otra alguna condición, determina, según Hegel, la posesión. Fundados en esta teoría, se ha llamado á la posesión el átomo y la molécula de toda la teoría jurídica, la base de todo el sistema (Lenz); la sujeción de la materia al hombre, el único derecho posible, comparándola

Mendthal al cristal en el mundo orgánico, al sol y á la luz; de las combinaciones de la posesión nacen los derechos particulares, como de las combinaciones de la luz con la materia brotan los colores.

Distinguió Liebe el derecho *in thesi* (propiedad, derecho esencial), del derecho *in hipothesi* (posesión, ejercicio de derecho). Asignó Ihering á la posesión el carácter de visibilidad, apariencia, exteriorización de la propiedad. Y estas ideas las aplica á todo derecho, personal ó patrimonial, real ó de obligación, el Marqués de Olivart.

Acerca del contenido de la posesión, unos lo basan en la conservación de la cosa, otros en el poder de usar y hasta abusar del derecho que se ejerce, y otros en la persecución de la cosa aunque se encuentre en manos de un tercero.

Concretando ahora más la cuestión, expondremos la opinión de algunos autores.

La posesión, según Maynz y Koppe, consta de dos elementos: 1.°, la tenencia de la cosa, el poder físico sobre ella *(corpus)*; 2.°, querer tenerla, voluntad de conservarla ó intención de haberla para sí *(animus)*. Randa, Trendelemburg y otros llaman al primer elemento *detención*, y *posesión* al segundo.

Según Fiore, poseer una cosa significa en el sentido vulgar y general, tenerla físicamente á su disposición, cuyo hecho puede ser considerado bajo una triple relación:

1.° Como simple hecho físico, sin relación con la adquisición ó el ejercicio de un derecho: *detención, posesión natural*, como la del depositario y locatario que retienen la cosa en nombre de otro, y la del que la retiene precariamente.

2.° Como manifestación y consecuencia de un hecho preexistente que se deriva del derecho de propiedad, en suma, como signo exterior del dominio: *Posesión legítima, jus possidendi*.

3.° Como un hecho jurídico que haciendo abstracción de todo hecho preexistente, produce consecuencias juridicas. *Posesión propiamente dicha, jus possessionis*.

Según Azcárate, la posesión puede ser *natural* y *jurídica*, según que no suponga relación alguna de propiedad ó que la suponga-

La primera debería llamarse *tenencia*, y es la que tienen en cosa ajena el depositario, comodatario, etc., en cuanto ninguno de éstos pretende tener en la cosa ni dominio ni ningún derecho real, y todos poseen en nombre de otro.

La posesión *jurídica* ó civil, puede ser *justa* ó *injusta*, según que se funde en título bastante, ó en uno que no lo sea ó bien se carezca de él. Y la injusta es de *buena fe* cuando el poseedor no sabe que su título no es suficiente, y de *mala fe* cuando lo sabe ó ha entrado en posesión oculta ó violentamente.

Puede también distinguirse la posesión jurídica, según que se derive de un *dominio* presunto, ó de un *derecho real* presunto.

Martínez Alcubilla distingue entre la *mera detentación*, *la detentación legal* y *la posesión.*

La primera es la ocupación de la cosa sin título, sin buena fe, indebida, viciosa ó clandestinamente, ó por mera tolerancia del dueño.

Detentación legal, ó posesión natural, ó tenencia, es la posesión á nombre de otro, la precaria, la que tienen ó ejercitan el administrador, el comodatario, usufructuario, etc.

Posesión verdadera es la que se ejercita en concepto de dueño, es decir, con intención de haber la cosa ó derecho como suyo, con buena fe, y en virtud de un título hábil y bastante, eficaz ó ineficaz.

Sánchez Román dice, que poseer en sentido léxico significa *tener*, ocupar actual ó corporalmente una cosa con derecho ó sin él; pero esa tenencia puede ser:

1.º Sin título alguno *(mera tenencia, posesión gramatical)*, como la del mero detentador ó ladrón.

2.º Con título jurídico, pero no de dominio *(posesión jurídica)*, como la del depositario, arrendatario, acreedor pignoraticio, etc.

3.º Con justo título, ó bastante para transferir el dominio, pero no procedente del verdadero dueño *(derecho real posesorio)*.

4.º Con título también justo ó de dominio, pero otorgado por el verdadero dueño *(dominio)*.

Q. Mucius distingue la tenencia de la posesión.

Llama *tenencia* al mero hecho de conservar la cosa bajo nuestro poder. Ese estado de hecho puede reconocer dos orígenes distintos.

1.° Ser producto de una voluntad individual; la acción exclusiva de la voluntad por la que queda una cosa sometida á una persona *(tenencia natural)*.

2.° Traer su raíz de un estado jurídico, ó concurrir con la voluntad el precepto legal; el acreedor pignoraticio, el usufructuario, etc., *(tenencia jurídica)*.

La *posesión* se caracteriza, no por la intención, sino por el convencimiento del poseedor de ser dueño de la cosa poseída.

Ihering distingue también entre la posesión natural y la civil, llamando á la primera tenencia y á la segunda posesión.

Lomonaco separa tres clases de posesión: la simple tenencia garantida por los interdictos *(posesión natural)*; la posesión con *animus domini (posesión legítima)*; y la que sirve de punto de partida y fundamento á la usucapión propiamente dicha *(posesión de buena fe)*.

Según el Marqués de Olivart, *posesión* es el ejercicio intencionado (no momentáneo) y exclusivo (ó para sí mismo) de cualquier derecho. *Detención* será cuando no se reunan todas las dichas circunstancias, ya por no ser ese ejercicio exclusivo (sino para otro, *possessio alieno nomine)*, ya por no haber ninguna relación de voluntad en la tenencia de la cosa (detención del que duerme, del loco, etc.), ó por ser completamente negativa (como es la del que se encuentra una cosa mientras busca su dueño).

¿A qué seguir? Si estudiamos los códigos de los diferentes países, observaremos que unos admiten la distinción de la posesión en natural y civil, y otros no, definiendo algunos de éstos sólo una de dichas especies, y otros la contraria. Por posesión natural entienden algunos la posesión material ó de hecho, otros la posesión injusta, otros la posesión *alieno nomine*. Por posesión civil toman unos la caracterizada por la intención de haber las cosas como propias, otros la que se funda en la creencia general, otros la que estriba en el convencimiento. ¿Cómo entenderse?

Hay ciertamente ambigüedad y confusión en el uso de la palabra poseer. Todas las opiniones tienen un fundamento; pero nada autoriza á prescindir de la realidad. Distíngase y aclárese; pero no se niegue ninguno de los sentidos actuales de la palabra posesión.

Aumenta la confusión por el vario sentido en que se usa la palabra cosas, y por las vacilaciones consiguientes en la extensión del término «dominio», y la falta de distinción entre la posesión especial de un objeto, consecuencia de un derecho real, como el usufructo, y esa misma posesión motivada por una razón distinta, como el depósito, ó ejercida en nombre ajeno, como en la patria potestad, tutela, administración ó mandato.

Estamos conformes con el Marqués de Olivart, en que la posesión en absoluto, prescindiendo de toda legislación positiva, es el ejercicio intencionado y exclusivo de cualquier derecho; pero con independencia del derecho, ejercicio ó posesión que puede existir en la misma persona á quien corresponde el derecho, como consecuencia y exteriorización de éste, ó residir en otra persona distinta que ejerce el derecho sin corresponderle. Esta última posesión, que es la verdadera, puede ir acompañada de la creencia del poseedor de pertenecerle realmente el derecho cuyo contenido ejerce, ó al contrario, y de aquí la posesión de buena y de mala fe.

Pero amoldándonos á las exigencias del derecho positivo, observaremos que casi todos los códigos admiten como objetos de posesión: 1.°, las cosas; 2.°, los derechos.

Por posesión, en general, entienden la tenencia de una cosa ó de un derecho, ya se determine esa tenencia por la ocupación material, ya por el hecho de quedar la cosa ó el derecho sometidos á la acción de nuestra voluntad.

Pero si atendemos con preferencia á esa tenencia en relación con las cosas y prescindiendo de los derechos, no porque en éstos no quepa también la misma distinción, sino por ser más difícil, podemos notar que unas veces el tenedor ó poseedor de esas cosas las tiene ó posee como suyas, y otras veces las tiene ó posee como perteneciendo el dominio á otra persona, ya en concepto de dueño,

ya en concepto de no dueño, como se desprende del art. 432 de nuestro Código, y si las palabras en concepto de dueño no se estiman propias, por ser susceptibles de diversas inteligencias, podemos decir marcando mejor toda la extensión de tal diferencia, que unas veces el poseedor tiene el ánimo, la intención de haber la cosa como suya, y otras carece de ese ánimo ó intención, reconociendo que el dominio (real ó aparente, en su esencia ó en su ejercicio) reside en una personalidad distinta, unas veces ejerce actos de dueño y otras de no dueño, unas veces aparece como propietario y otras no.

En los derechos considerados como objetos, como cosas incorporales, según dicen algunos, cabe la misma distinción, considerando, por ejemplo, en el usufructo, que no es lo mismo poseerlo como dueño, que como arrendatario, en virtud de arrendamiento del derecho de usufructo constituído por el usufructuario.

Pues bien: es tal la amplitud del concepto general de la posesión, son tantas las relaciones diversas que se comprenden bajo esa denominación, que aun caben nuevas distinciones. En el poseedor que tiene el ánimo ó la intención de haber la cosa ó derecho como suyos, y el concepto de dueño, se observa una escala que empieza en el propietario y acaba en el ladrón, círculos concéntricos, cuyo radio de acción es más ó menos extenso.

Podremos lo primero separar dos grupos: 1.° La posesión unida al dominio y como derecho emanado del mismo y necesario para su mantenimiento. 2.° La posesión separada del dominio, como hecho ó derecho independiente.

Dentro del segundo grupo, sólo hay una apariencia de propiedad (sobre cosas ó sobre derechos); la relación del sujeto con el objeto va haciéndose cada vez más inperfecta sin dejar por eso de ser siempre posesión. Con relación al poseedor, puede éste tener la creencia ó la convicción de ser realmente dueño ó saber que no lo es. Con relación á la adquisición puede ésta fundarse en un título justo ó injusto, ó faltando título, ser la adquisición pacífica ó violenta. Con relación á la masa general de obligados á respetar las relaciones jurídicas creadas entre la persona y la cosa, puede exis-

tir la creencia de que el poseedor es el dueño, ó conocerse el vicio de la adquisición. En la mezcla de todas estas situaciones diversas pueden señalarse tres aspectos más esenciales:

Primero. La posesión, no precisamente separada, sino en oposición con el derecho del dueño. La adquisición violenta é ilegal conocida por los terceros. El ánimo, la intención del delincuente de apropiarse lo que no le pertenece, como único carácter distintivo de pertenecer al grupo en que la colocamos, como centro común de todos los círculos.

Segundo. La posesión con título ó sin él, pacíficamente adquirida. La creencia general y pública de ser dueño el poseedor. El conocimiento por éste de no pertenecerle la cosa y el derecho que posee.

Tercero. La posesión perfecta. El poseedor cree que es dueño de la cosa ó del derecho; posee verdaderamente en concepto de dueño; tiene la convicción de que el objeto poseído es suyo. Esto constituye la buena fe, y la buena fe exige la existencia de un justo título.

La posesión puede compararse á una moneda falsa. Cuanto más se aproxime aparentemente á las legítimas, mejor circulará, pudiendo su mismo poseedor creer que es verdadera, ó llegar á ser desechada por todos como ilegítima.

En el primero de los casos apuntados, la posesión es un hecho que constituye una violación jurídica. En los otros dos, la apariencia del dominio en el poseedor hace que éste tenga un derecho que podemos llamar falso dominio.

Pero ¿es verdaderamente un derecho la posesión? La misma armonía se observa entre los escritores respecto á este punto que respecto á todos los demás. Quién considera la posesión, aun la más perfecta, como un hecho; quién como un derecho, y aun los que ven en ella un derecho, ora le califican de derecho personal, ora de derecho real.

Derechos reales. Si es derecho la posesión.

Para nosotros la posesión es un derecho, y en su sentido más usual y aplicación más frecuente, un derecho real. Justificaremos nuestra opinión, dando previamente una idea de lo que son los derechos reales, ya que éste es un punto esencial que debe ser tratado en una obra de derecho civil, y el Código hace varias veces relación á los derechos reales, aunque se abstenga de definirlos y omita cuidadosamente hasta el determinar sus especies. Las ideas que expongamos nos servirán después en el comentario.

El derecho como facultad, como residiendo en un sujeto del que es inseparable, se divide en dos grandes ramas, que motivan los llamados derechos *personales*, que se refieren á la entidad misma á quien corresponden, á su personalidad; y los *patrimoniales*, que se refieren á un objeto exterior. Estos se subdividen en derechos reales y derechos de obligación.

Concretándonos á la segunda rama, el derecho reside siempre en un sujeto: una ó varias personas individuales ó colectivas; siempre recae sobre un objeto, una cosa ó un hecho; siempre requiere un acto, hecho jurídico que hace nacer la facultad, y con la facultad el derecho correlativo, pues no se concibe derecho en sentido subjetivo sin una obligación opuesta y recíproca. La relación, el lazo que nace mediante el hecho ó acto, considerado éste como fuente de derechos y obligaciones, ha de ser siempre respetada; pero unas veces esa relación es directa ó inmediata con la cosa, otras es sólo mediata ó indirecta, porque entre la persona y la cosa existe otra persona, por cuya mediación, intervención ó prestación la relación con la cosa se realiza ó puede llegar á realizarse. En el primer caso existe ó parece existir solamente una persona y una cosa en íntima relación, y en segundo término todas las demás personas, una serie indefinida de sujetos, la sociedad entera, obligada á respetar esa relación. En el segundo caso, la relación aparece de persona á persona, y en segundo término se encuentra el objeto, sin que esto quiera decir que todas las demás personas no se ha-

llen obligadas á respetar también esa relación; pero la relación respetada es entonces la de persona á persona, pues la de la persona con la cosa aun no ha nacido, y únicamente el sujeto pasivo, la persona individual y directamente obligada, es la que puede ser compelida á que esa otra relación de persona á cosa se realice. ¿Por qué? Porque en este caso se trata de un objeto afecto ya al poder personal, y sólo aquel que tiene ese poder sobre el objeto, cosa (material ó jurídica) ó hecho, es el que puede desprenderse de él ú obligarse á dar ó hacer.

La propiedad presenta el ejemplo más completo, los caracteres más acabados del derecho real. Por cima de toda clase de definiciones y distinciones existe una idea general de lo que es la propiedad, tal vez aprendida exclusivamente con relación á la individual, tal vez poco científica y desde luego incompleta, pero suficiente para entender lo que esa palabra, esa relación ó ese poder significa.

Pues bien: en dicha relación se advierte desde luego un sujeto, el propietario, y un objeto, la cosa apropiada, una finca, por ejemplo. El objeto ayuda, sirve para la satisfacción de las necesidades del sujeto, ó para el cumplimiento de sus diversos fines. El propietario tiene en su poder esa finca, la disfruta, dispone de ella, transformándola, gravándola, vendiéndola, etc.; éste es el contenido de su derecho, éste es su poder sobre el objeto, y ésta la relación jurídica que se establece. Pero eso no es bastante; para su complemento y mantenimiento se necesita algo más. Mientras ese derecho, ese poder ó esa relación exista ó resida en ese propietario, ni existe ni reside en ninguna otra persona; por tanto, el propietario excluye, respecto de su finca, á todo el que no sea él, y si alguno, desconociendp esa relación y ese derecho, intentase perturbarle, el propietario podría alegar su poder anterior de que no se había desprendido, su derecho no abandonado, la relación impuesta ó adquirida por su voluntad y no rota; y como de nada serviría su afirmación ni su derecho de excluir sin un medio eficaz de protección á su poder, sin una sanción de su derecho, la ley se lo concede, y de aquí los interdictos y la acción reivindicatoria, y todas las demás

que acompañan á la propiedad, no como derechos, sino como medios para hacer respetar su relación.

Si, pues, nadie puede ni debe ostentar el derecho del propietario ni atentar á él, indudablemente todos están obligados á respetarle; luego la relación del sujeto con el objeto se halla rodeada de una atmósfera de respeto por parte de todos; hay una obligación negativa, digámoslo así, general, mediata ó indirecta, en toda la masa de los asociados; el derecho del propietario es inviolable, está circundado de una muralla santa, está cercado por una valla legal; quien traspase ese círculo, quien rompa esas murallas, sea quien sea, convierte su obligación en directa, individual, inmediata y positiva, y forzosamente ha de ser compelido al restablecimiento de la relación de propiedad, ya que voluntariamente no la respetó, ó al menos la desconoce (á no ser que el transcurso del tiempo consolide la nueva relación creada y rompa la antigua).

Pero el propietario, para lograr ese respeto, es necesario que ejercite su derecho. El ejercicio del derecho de propiedad representa su exteriorización, su visibilidad, y equivale á una prueba de su existencia. Cuando el propietario no ejercita su derecho, ostensiblemente no le pertenece; existe, mas no debe extrañarse de que no sea reconocido; si los demás lo niegan, no puede exigir que lo roconozcan como tal propietario, porque no basta que afirme, es indispensable que pruebe. De aquí la diferencia de las acciones concedidas al propietario, puesto que siendo las acciones remedios, han de hallarse en relación con la enfermedad. Para proteger el derecho en su fundamento, la acción reivindicatoria, que mediante la prueba de la existencia de la relación del sujeto con el objeto, persigue éste donde quiera que esté. Para proteger el derecho en su ejercicio, los interdictos y la acción posesoria, que sólo exigen la prueba de ese ejercicio.

Es la propiedad la suma de todos los derechos sobre una cosa. Cada uno de esos derechos ó facultades, cada uno de los elementos que la integran y que pueden servir á su desarrollo, mantenimiento ó transmisión, cada uno de los medios que representan el modo de obtener de la cosa alguna utilidad, en cambio, en garantía, en

disfrute, etc., cada una de las limitaciones que pueden imponérsele, forman otros tantos derechos reales independientes, que pueden presentarse unidos en parte, ó completamente separados, ya coexistan con el derecho esencial de propiedad, ya residan en persona distinta del propietario.

En cada uno de estos derechos reales podemos observar los mismos caracteres que en el de propiedad, si bien en más limitada esfera, y podemos hacer la misma distinción entre el derecho en su fundamento y el derecho en su ejercicio, revistiendo las acciones el mismo doble carácter, según que el derecho sea visible, ó exista y permanezca desconocido.

Son, en resumen, los caracteres del derecho real: *Primero*. Sujeto y objeto en íntima relación, por virtud de la cual aquél imprime sobre éste su sello ó su poder, y por tanto, donde quiera que el objeto se encuentre lleva ese poder (absoluto ó limitado y especial) consigo, lleva enlazada esa íntima relación. *Segundo*. Obligación, deber ó respeto general, y por tanto, falta de sujeto pasivo individualmente determinado, puesto que al estar obligados todos, todos los son, pero indeterminadamente. *Tercero*. Acciones eficaces sobre el objeto y contra todo tercero, como consecuencia del derecho exclusivo ó especial sobre el objeto, y de la obligación pasiva general é indeterminada.

Por el contrario, los caracteres de los nombrados derechos de obligación, son: *Primero*. Dos sujetos, uno activo, en quien reside la facultad de exigir, y otro pasivo, individual y determinado, en quien reside el deber, la necesidad de la prestación, ambos en íntima relación, ambos ligados, atados, unidos por el lazo ó vínculo jurídico constituído por su voluntad, de tal modo, que donde quiera que ambos vayan llevan consigo esa relación. Este vínculo no une las personalidades físicas, sino las personalidades jurídicas de ambos sujetos, y por eso la facultad y el deber ú obligación, la exigencia y la necesidad de la prestación, son transmisibles á los herederos. *Segundo*. Obligación ó respeto general de esa relación de persona á persona por parte de todos los demás sujetos extraños á ella. *Tercero*. Acción eficaz á favor del sujeto activo contra el pa-

sivo, como medio necesario para que la relación válida y voluntariamente constituída sea cumplida, ó produzca sus naturales efectos.

Suprímase el carácter común á ambos derechos: la obligación ó el respeto general, negativo, indirecto é indeterminado á la relación, cualquiera que ella sea, toda vez que el derecho, muéstrese de un modo ó de otro, debe ser siempre por todos respetado. Déjese á la acción su verdadero carácter sancionador, su verdadera naturaleza de medio ó condición necesaria, otorgada por la ley para que la relación se respete y la condición se cumpla. Y se verá que la diferencia esencial entre unos y otros derechos, consiste solamente en que en los derechos reales la relación es de persona á cosa, de sujeto á objeto, y en los derechos de obligación la relación es de persona á persona, de un sujeto con otro sujeto.

En efecto, de este carácter diferencial son todos los demás naturales consecuencias. En los derechos reales sólo puede haber un sujeto; en los derechos de obligación, dos. En aquéllos, el objeto es el otro término de la relación, la cosa sobre que recae; en éstos, el objeto, en cuanto cosa, aparece en lugar secundario ó no existe, por lo que se dice que su objeto es el acto ó hecho positivo ó negativo, la prestación á que se obliga el sujeto pasivo. En los primeros, la relación nace ó se crea mediante la voluntad del sujeto único, y el estado anterior del objeto como libre, definitiva ó provisionalmente, de toda otra relación; en los segundos, mediante la voluntad del sujeto activo y el pasivo. En los unos la relación se extingue cuando el objeto desaparece ó deja de existir; en los otros, cuando deja de ser ó desaparece la personalidad jurídica que les dió vida. Por último, en los derechos reales, el derecho va con el objeto, y por tanto, donde quiera que esté lleva consigo la relación ya constituída; mientras que en los derechos de obligación la acción va con el sujeto activo y contra el pasivo, y donde quiera que éste se encuentre lleva consigo la obligación.

No podemos descender á detalles en este particular, que exigirían largo espacio, sobre todo en la parte referente á los llamados modo y título de adquirir.

En los derechos reales, el objeto ha de ser una cosa, sin que en

esta palabra se comprendan los hechos, porque aunque éstos, considerados como acciones humanas, pueden ser objeto de derechos, nunca son propiamente cosas ni nunca debieron confundirse. Lo mismo recae en una cosa el dominio que el usufructo, lo mismo la servidumbre que la hipoteca, todos ellos son derechos, y todos derechos sobre una cosa.

Una vez creados ó constituídos los derechos reales, la persona en quien residen, aquella á quien corresponde la facultad, el derecho ó el poder, puede por su voluntad crear relaciones con otras personas y obligarse á transmitirlos; transmitir no propiamente las cosas, sino todos ó alguno de los derechos qne sobre ellas corresponden al transmitente, ó al que se obliga á transmitir. Las obligaciones de dar son, en suma, esas relaciones que voluntariamente constituyen al deudor en la necesidad de traspasar el todo ó una parte de su derecho sobre las cosas; las obligaciones de hacer son también relaciones por las cuales el deudor voluntariamente se constituye en la necesidad de ejecutar algún acto ó acción útil á otra persona. De donde, si entre los derechos personales ó inherentes á la personalidad colocamos la facultad de obrar, como propia y dependiente de la voluntad de la persona, podríamos deducir que las obligaciones de hacer ó no hacer eran el complemento de esos derechos, como las obligaciones de dar son el complemento de los derechos reales, la condición necesaria y natural para que puedan transmitirse ó cambiar el sujeto de la relación con ó sobre las cosas.

En resumen: el hombre tiene ciertos derechos inseparables de él, cuyo objeto reside en él mismo, y que, en suma, pueden reducirse á la facultad de ejercitar libremente sus facultades para el cumplimiento de su fin bajo todos los aspectos en que dicho fin puede ser considerado. Al ponerse en relación con los objetos de la Naturaleza, imprime sobre éstos su sello especial, y si median en los mismos condiciones favorables, impone sobre ellos su poder. Del mismo modo se relaciona con los demás hombres, con los demás seres voluntarios y libres, y para el cumplimiento recíproco de los fines respectivos de todos, cada uno dispone de lo que le es pro-

pio, ya de sus facultades que están en él y son exclusivamente suyas, ya de los objetos ó cosas que, aun estando fuera de él, se hallan con el mismo relacionadas, y llevan impreso ya su sello y su poder. Los primeros derechos podemos llamarlos *personales*, los segundos *reales*, los terceros de *obligación*, en cuanto es su fin dar lo que tenemos, coadyuvar á la satisfacción de las necesidades de los demás, con los actos y con las cosas que nos son propias, prestaciones recíprocas entre los seres libres. Esto es todo.

Bien mirado, todos los derechos reales pueden reducirse á uno: el dominio, del que son parte ó desmembraciones todos los demás. Esta excesiva importancia del dominio, esta suma de facultades sobre un objeto, produce los efectos siguientes:

1.° Que se considere por unos como el derecho real por excelencia, y que por otros, sin negarle tal carácter, se prescinda de él al enumerar los derechos reales, considerando solamente como derechos sobre las cosas á los derechos en cosa ajena, á las limitaciones del dominio.

2.° Que se confunda el derecho de dominio con la cosa sobre que recae, y como consecuencia se entienda que sólo el dominio puede recaer en las cosas llamadas corporales, y aun más, que el dominio es una cosa material. De aquí las confusiones del derecho romano en cuanto á la tradición como medio de adquirir.

3.° Que se consideren como objetos de dominio, lo mismo las cosas propiamente dichas, que los derechos. Así el usufructuario es, en suma, dueño del derecho de usufructo, el censualista dueño del derecho real de censo, etc., lo cual es cierto sin más que variar el objeto de la relación, pues en verdad todos los elementos esenciales ó integrantes del dominio, todas las facultades que le acompañan, se dan en el usufructuario, censualista, etc., pero no con respecto á la cosa, sino limitándose al derecho de que se trate.

Téngase, sin embargo, presente, que tal como nosotros lo entendemos, la relación existe con la cosa y produce el derecho sobre ella, ya el total de los que integran el dominio, ya uno de ellos, más ó menos limitado, y que estos derechos sobre las cosas son los que se transmiten. Así, el que transmite la cosa en absoluto, lo que da

es el poder sobre ella, ó sea el derecho de dominio. En resumen viene á ser lo mismo; pero como ejemplo de la confusión, pueden citarse el art. 1875 del Código civil, y el 107, núm. 9.°, de la ley Hipotecaria.

Aquél, conforme con el 106 de esta ley, supone como hipotecables, de una parte, los inmuebles, de otra los derechos reales enajenables impuestos sobre los mismos, como si la hipoteca del inmueble no significase la hipoteca del dominio que existe sobre él, y por tanto, un derecho real. El núm. 9.° del art. 107 de la ley Hipotecaria, permitiendo respecto de los bienes vendidos con pacto de retro la hipoteca del *mayor valor* de la cosa, produce la confusión en que incurren los Sres. Galindo y Escosura al interpretar ó comentar ese artículo, suponiendo que existe un derecho á ese mayor valor, cosa que se hubiera evitado si la ley, sin referirse á la cosa, hubiera hablado sólo del derecho hipotecable con ciertas restricciones y le hubiera dado su verdadero nombre: derecho de retraer.

Los derechos no son las cosas, aunque con ellas se relacionen; pero tomada la palabra cosas en un ámplio sentido, los comprende indudablemente. En este caso se denominan los derechos cosas incorporales, y tan incorporal es el dominio como otro derecho cualquiera. En el art. 334 del Código los derechos son bienes, lo cual no impide que los 430, 431 y 432 hablen, como después veremos, de cosas ó bienes, y de derechos.

Veamos ahora si puede considerarse la posesión de las cosas como un derecho real.

Según queda expuesto, la posesión respecto á las cosas significa tenencia ó disfrute. Unas veces la posesión es un simple hecho (cuando se ha adquirido en virtud de un robo, un despojo, una usurpación); otras veces es signo de otro derecho (posesión por el dueño, por el usufructuario, depositario, arrendatario, etc.). En estos casos la posesión es un elemento natural del derecho de que se trata, pues no tiene existencia independiente, sino que es en cierto modo un accesorio necesario de ese derecho. Otras veces, por último, la posesión es un derecho que tiene existencia propia

é independiente, del que son elementos integrantes todos los derechos que componen el de dominio en su ejercicio, faltando, sin embargo, la relación ó poder definitivo y fundamental del que se deriva el derecho ó acción de reivindicar, que es por lo mismo el carácter ó requisito peculiar y característico al dominio en su esencia. Esta es la posesión propiamente dicha respecto á las cosas, ó en lo que hace relación á la propiedad.

Al poseedor, mientras lo sea, hay que concederle la facultad de disponer de lo que cree suyo y se presume suyo, la facultad de disfrutar, y como una consecuencia de ambas facultades y de su buena fe y justo título presuntos, la facultad de excluir, y con ella y para hacer respetar su posesión, además de los interdictos, una acción eficaz para destruir todo derecho más débil que el suyo, no por la acción reivindicatoria, pero sí por otra análoga, llamada en lo antiguo publiciana y que podríamos nombrar posesoria. El poseedor sólo cede ante la presentación del verdadero dueño, si éste puede justificar ó demostrar su dominio.

El poseedor ante el derecho civil no es nunca el dueño verdadero, por lo que la posesión supone una relación provisional, si así quiere decirse, actual, supone la existencia de otro derecho más fuerte, el domínio ó aquel cuyo ejercicio simule y al cual se halla subordinada. Pero este dueño que la ley supone que existe no tiene en su poder la cosa, no la disfruta, no dispone de ella, sólo conserva la facultad de reclamarla durante cierto tiempo, por lo que se hallan limitados todos sus derechos menos uno que nunca pierde, si ha de estimarse dueño: el derecho de reivindicar.

Ahora bien: si todo lo expuesto es cierto, ¿cómo negar á la posesión el carácter de derecho, y tratándose de la posesión de cosas, la consideración de derecho real? La gran influencia de Savigny en esta materia hace, sin embargo, que esté bastante generalizado el error de considerar á la posesión como un simple hecho, requisito necesario para el ejercicio de ciertas acciones, y susceptible de convertirse en derecho por la prescripción. Puede verse todo lo relativo á esta materia en la obra citada del Marqués de Olivart, quien afirma que, según el derecho de cuyo disfrute se

trate, la posesión deberá calificarse de derecho real ó de otra clase.

De todos modos, en el derecho de posesión no hay que ver solamente el ejercicio de las acciones posesorias, limitándolas á los interdictos, que esto es un pobre y limitado aspecto de la cuestión; hay que ver también todas las facultades que integran el dominio, con exclusión de la de reivindicar, y en sustitución de ésta y como medio equivalente y adecuado al ejercicio de la relación, la acción publiciana. No siendo el poseedor dueño, en el disfrute de todas sus facultades y en el ejercicio de todas sus acciones, hay que ver la existencia de un derecho, hay que reconocer algo que tiene vida propia, y si facultad quiere decir derecho, y si sin derecho no se concibe acción, derecho tiene que ser la posesión.

Sea el que sea el fundamento de la protección posesoria, ello es lo cierto que al poseedor se le concede una acción para obtener su respeto. Acción sin derecho no se concibe, porque precisamente la acción es el medio que conceden las leyes para ejercitar en juicio el derecho que nos compete, y son las ideas tan correlativas, que no se comprende la una sin la otra. Aplicada la posesión á las cosas ó á otros derechos reales, la ausencia de sujeto individualmente obligado, requisito indispensable en los llamados derechos de obligación, y la relación directa que se establece entre el poseedor y la cosa ó derecho poseídos, dan indudablemente á la posesión el carácter de derecho real. Por otra parte, y aunque los interdictos quieran considerarse como acciones personales, no es la acción el distintivo del derecho, sino su consecuencia; no es real el derecho porque sea real la acción, sino antes al contrario, por ser el derecho real debe producir una acción de naturaleza ó carácter idéntico.

Respecto á los interdictos, parécenos que debiera haberse probado plenamente que eran acciones personales antes de utilizar tal arma para negar á la posesión el carácter de derecho real. En todos los derechos, al promoverse el conflicto que hace necesaria la acción, sea la que sea, ¿no surge una persona relacionada con otra, una voluntad más ó menos ficticia, un derecho y una presunta obligación? La acción posesoria, la reivindicatoria, la confesoria, etc., van con el objeto, porque el objeto á que se refieren radica

en él, y por eso se dice que se dan contra todo tercero. Los interdictos también puede decirse que radican en un objeto, también se dan contra todo tercero en los casos especiales á que se aplican. No es A., ni B., ni C. el obligado; lo mismo en la posesión que en otro derecho real cualquiera, lo son todos; pero ni el poseedor ni el dueño pueden ejercitar la acción mientras no sobrevenga un hecho que convierta en directa é individual la obligación general é indirecta que antes existía. Esto pasa con las acciones reales todas y esto pasa con los interdictos. Códigos hay, como el de Berna, en los que se hace aun más palpable esta confusión. Los interdictos sólo se dan contra el autor de la perturbación, es cierto; pero esto es conforme con su objeto y con la naturaleza de la relación que trata de protegerse; pero el fin de esas acciones es la conservación ó la restitución de la cosa, y si para conseguir esto último no bastase el interdicto, medios tiene el poseedor, y lo mismo el dueño que posee, para obtener el fin que persigue. Hay una excepción, pero lógica y natural: al fin la posesión representa una relación provisional, no definitiva, con la cosa ó el derecho; si la posesión por un tercero dura cierto tiempo, la relación queda establecida con ese tercero y perdida para el antiguo poseedor. Todo es relativo: á los diez, veinte ó treinta años en los inmuebles, ó á los tres ó seis años en los muebles, hasta el dueño pierde su derecho, y deja de poder exigir sus bienes de un tercero. El dueño también ejercita los interdictos; pero su derecho, lo mismo que el del poseedor, existe ya completo y formado anteriormente al hecho que motive esos interdictos, por lo que es claro que éstos no alteran la naturaleza de la relación preexistente.

Para algunos comentaristas de la ley Hipotecaria, el conocimiento de ese carácter de la posesión llama aun más la atención, es una circunstancia rara y menos aplicable por lo mismo que contraen sus afirmaciones á la posesión en relación con la ley Hipotecaria, y para la ley Hipotecaria el poseedor no es precisamente el sujeto del derecho que estamos examinando, sino que es el mismo dueño cuando carece de título de dominio.

La ley Hipotecaria, firme en su propósito de favorecer en todo

caso los derechos inscritos, mezcla y confunde á los dueños con los poseedores, y unas veces considera dueño al que sólo sería un poseedor, y otras considera poseedor al que es un verdadero dueño. En ella existen dos ficciones. El poseedor que inscribiese su derecho en virtud de un documento privado en el año 1862, es un dueño para todo tercero; el dueño cuyos antecesores venían disfrutando una finca durante siglos, si carece de título inscribible, es un poseedor.

Bien examinadas todas las disposiciones de la ley Hipotecaria sobre la posesión, y la exposición de motivos de la ley de 1861, se deduce claramente:

1.° Que el objeto de la ley Hipotecaria fué proveer de titulación á los *propietarios* que careciesen de ella, incluyendo en su número á los poseedores del derecho civil en igualdad de circunstancias.

2.° Que para obtener dicho resultado admitió la información testifical como prueba del signo ostensible de esa propiedad, esto es, del hecho de la posesión, facultando á los poseedores, una vez justificado el *hecho*, para inscribir el *derecho* que ese hecho envuelve y significa, como expresamente declara el art. 390.

3.° Que con esto ni quiso negar ni afirmar que la posesión fuese ó dejase de ser derecho ante la ley civil, ni privar ó despojar á los propietarios de su derecho, ni convertir en dueños á simples poseedores, sino que, antes al contrario, respetando la naturaleza y los efectos que el derecho civil atribuía á la posesión, dejó intactas las relaciones existentes, dando al mismo poseedor una garantía, que forzosamente y á pesar de la ley, debía hacer su derecho más seguro é indestructible mediante la publicidad y las dificultades de una cancelación.

De notar es, sin embargo, que según la ley, al inscribirse el hecho de la posesión se inscribe el derecho que ese hecho representa, no como verdadero dominio, pero sí como signo de él y representación de un derecho distinto. ¿Tanto ofusca el hecho, que por su existencia se pretende negar la relación jurídica que envuelve y representa? ¿Por qué ese hecho puede inscribirse, y otros he-

chos que no significan, que no revelan derecho alguno sobre las cosas, no se inscriben? ¿Es una arbitrariedad del legislador? Lo repetimos, el hecho se inscribe porque representa un derecho real; se inscribe por medio de información, porque se supone que no existe título inscribible, porque no puede inscribirse por virtud de los otros documentos auténticos á que se refiere la ley y el reglamento. Los títulos de posesión por el Estado y Corporaciones son inscribibles desde luego expresa y especialmente, según el núm. 6.° del art. 2.° ¿Es que la posesión por el Estado y Corporaciones es derecho real, y no lo es la que acreditan los particulares?

Los actos traslativos de la posesión no son *legalmente* inscribibles, según los comentaristas antes aludidos. Añadamos, «á menos que la traslación se haga por el Estado ó las Corporaciones». Su inscripción representa una tolerancia, un abuso consentido en interés social.

No podemos tampoco asentir á esta anomalía. ¿De qué serviría la posesión inscrita si no pudiera inscribirse la transmisión de esa posesión? Faltaba título y lo ha suplido el expediente; después, al transmitírse, puede otorgarse documento inscribible, que constituirá un título traslativo de un derecho inscrito, por lo que esos títulos están comprendidos en el núm. 1.° del art. 2.°; como en caso de presentarse el verdadero dueño y obtener sentencia á su favor, la posesión se extingue y la inscripción se cancela, como comprendido el título en el núm. 2.° del mismo artículo; como si los bienes poseídos é inscritos se adjudican para pago de deudas, se comprenden en el número 3.°, y los arrendamientos por diez años de los mismos bienes en el núm. 5.°, y la incapacidad del poseedor en el núm. 4.°, y la posesión del Estado en el número 6.°

El art. 2.° de la ley Hipotecaria comprende, pues, en cuanto es posible, á los títulos que afectan de algún modo á la posesión. Los artículos 3.°, 17, 20 y otros de la ley de Ultramar y de la que está en proyecto para regir en la Península, hablan expresamente de traslación de la posesión y de títulos inscritos traslativos del mismo derecho, lo que prueba que el legislador ha comprendido que forzosamente había de entenderse así, y lo ha consignado en evitación

de toda duda, supliendo ó aumentando lo que pudiera ser considerado como un vacío ó una omisión en las leyes anteriores.

Y no solamente los títulos expresados, sino aun los que pudiéramos llamar constitutivos de la posesión, como el auto ó la sentencia recaídos en un interdicto de adquirir, son tambien inscribibles, punto sobre el cual la jurisprudencia hipotecaria ha andado vacilante, como lo prueban las Resoluciones de la Dirección general, de 3 de Agosto de 1864, 31 de Mayo de 1865, 9 de Julio de 1868 y 30 de Noviembre de 1871, decidiendo al fin la de 13 de Junio de 1893 que lo mismo dichas sentencias cuando hay oposición, que el auto declarado firme, según el art. 1641 de la ley de Enjuiciamiento civil, constituyen títulos inscribibles de efectos tan seguros como los expedientes posesorios, no siendo éstos el único medio de acreditar la posesión, pues además del interdicto se comprenden otros en el art. 407 de la ley, Real decreto de 11 de Noviembre de 1864, y los de 21 de Julio de 1871 y 8 de Noviembre de 1875.

Sentimos no poder extendernos más en lo relativo al verdadero carácter de la posesión. Por lo demás, claro es que nos referimos más especialmente á la posesión de las cosas, como relación correspondiente á la de propiedad, por ser éste el aspecto más interesante de la cuestión y el más fecundo en efectos jurídicos, sin que pretendamos en modo alguno sostener que la posesión de estado civil ó la de un derecho de obligación constituya también un derecho real.

Fundamento de la protección posesoria.

Pero hecho ó derecho, ello es lo cierto que la posesión, aun la que se califica de tenencia, obtiene una protección decidida por parte de la ley. ¿Porqué se protege la posesión?, dice Ihering. «Nadie formula tal pregunta para la propiedad. ¿Por qué, pues, se agita respecto de la posesión? Porque la protección dispensada á la posesión tiene á primera vista algo de extraño y contradictorio. En efecto, la protección de la posesión implica además la protección de los bandidos y ladrones: ahora bien, ¿cómo el derecho que condena

el bandidaje y el robo puede reconocer y proteger sus frutos en las personas de sus autores? ¿No es eso aprobar y sostener con una mano lo que con la otra se rechaza y persigue?

»Cuando una institución existe después de siglos, ningún hombre dotado de juicio imparcial puede sustraerse á la convicción de que debe estar fundada en motivos imperiosos, y de hecho la necesidad de la protección posesoria no ha sido nunca puesta seriamente en duda. Pero se está muy lejos de haber llegado á un acuerdo unánime respecto de sus motivos» (1).

Distingue el mismo autor las teorías expuestas sobre este particular en dos grupos: Teorías *absolutas* y teorías *relativas*, según que el fundamento de su protección se busque en la posesión misma, ó en consideraciones, instituciones y preceptos jurídicos extraños á ella.

Como más completo, exponemos á continuación el cuadro formado en su obra por el Marqués de Olivart:

---

(1) R. von Ihering: *Teoría de la posesión*; versión española, por D. Adolfo Posada, 1892.

AS HISTÓRICO-POSITIVAS

posesión una razón que legitima su defensa.

- **A.—Relativas.** Este motivo no se halla sino en.......
  - A. que su ataque es un *delito* contra la persona del poseedor *(Savigny)*.
  - B. La conveniencia pública....
    1. por qué se debe evitar la *justicia privada* como contraria al estado social *(Rudorff)*.
    2. por qué el orden público exige la conservación del *statu quo (Wodon)*.
    3. por qué deben protegerse los *commoda possessionis (Ruggieri-Neuner)*.
  - C. El principio jurídico de......
    1. que el que se encuentra en un estado de hecho debe ser protegido jurídicamente, hasta que se pruebe un derecho mejor *(Thibaut)*.
    2. la *posibilidad* de la existencia del derecho en la persona del poseedor *(Puchta, Antigua doctrina)*.
    3. la *irreprochabilidad* por el que debe creerse que toda relación externa de la persona con la cosa existe en virtud de un derecho *(Röder)*.
  - D. El derecho de propiedad del cual es........
    1. su posibilidad ó *presunción (Accursio, Glosadores, Autores españoles)*.
    2. *principio*. La posesión es la primera manifestación del poder del hombre en la cosa *(Ganz)*.
    3. *parte de su teoría*. La ley defiende sólo al propietario *(Tigerström)*.
    4. *exterioridad* y manifestación. La defensa de la posesión es la obra avanzada de la protección de aquélla *(Ihering)*.
  - Z. (Mixtas) que se protege á la vez.
    1. por el derecho público que priva *la violencia*, y por el privado como complemento y *exterioridad* de la propiedad *(Huntze)*.
    2. por ser *presunción* de la propiedad y exigirlo la conservación del *statu quo (Laurent)*.
    3. en los *i retinendæ*, porque es la presunción de la propiedad; en los *i recuperandæ*, porque la ley debe reprimir las violencias del orden público *(Ramoino)*.
-
  - A. Existe un interés...... ....
    1. *jurídico*, que debiendo conservarse en el poseedor las ventajas jurídicas de la posesión, la ley ha establecido los interdictos *(Buchel)*.
    2. *económico*. La posesión sirve como la propiedad para la satisfacción de las necesidades humanas *(Zachariæ)*.
  - B. En el acto volitivo de apropiación debe ser protegida.....
    1. *la voluntad individual* realizada en la cosa, contra los actos de autoridad privada *(Bruns* (B. in M.) *Randa)*.
    2. *la personalidad* del hombre, que siendo base de todo derecho, en la posesión se refiere inmediatamente á sí misma *(Puchta)*.
    3. la *libertad humana* de apropiación del mundo exterior que da en las cosas *non nullius* un derecho relativo contra los no propietarios *(Kant)*

I.—Teorí[as] — Reconocen hay siempre en la

- **B.—Absolutas.** Este motivo se halla en ella misma porque..
  - C. El poseedor tiene un *plus juris*.
    1. sobre el no poseedor que no tiene ningún elemento del derecho de propiedad *(Bruns* (B. K.).
    2. que es el derecho mas limitado sobre la cosa *(Sintenis)*.
    3. ya que goza de la adquisición presente de la cosa con relación á la propiedad que es su jurídica necesidad *(Hasse)*.
  - D. Es un verdadero derecho.....
    1. único *in re*. La propiedad es sólo la *actio in rem (Lenz)*.
    2. que nace de la ley química de la conservación de la materia y la mecánica de la fuerza. Es la cristalización del derecho *(Mendthal)*.
    3. *in thesi*, en oposición á la propiedad, derecho *in hipothesi*. El derecho *in thesi* no requiere prueba *(Liebe)*.
    4. base fundamental, condición, principio y fin de todo derecho patrimonial. Debe ser protegida contra toda voluntad no legitimada judicialmente *(Kindel)*.
    5. de la *exterioridad* del mismo. El derecho debe ser protegido en su ejercicio, porque la voluntad humana es naturalmente jurídica *(Marqués de Olivart)*.
- **Z.—Mixtas.** Es á la vez protegida.
  - A. en los derechos de la voluntad humana y por la prohibición de la justicia privada *(Maynz)*.
  - B. porque el ataque á la posesión es un delito y lesiona la personalidad del poseedor *(Rietmaten)*.
  - C. por el interés económico unido á la posesión, y el principio que de hecho la voluntad individual del poseedor vale por lo menos tanto como la del deyiciente *(Winscheid)*.

II.—Teorías histórico-negativas — Niegan exista un postulado jurídico que la haga necesaria, pues..

- **A.—Meramente históricas.** Explica sólo su aparición en el derecho romano. (Su conservación es hoy un anacronismo, sólo dispensable por una dudosa utilidad.)
  - A. la necesidad de fijar en el proceso *in jure* quién debía ser el demandado *(Bekker* (Akt).
  - B. El ser complemento de los vacíos de la protección jurídica.
    1. en el procedimiento de la *legis actionis (Machelard)*.
    2. en el *usus* en oposición al *mancipio (Roshirt)*.
    3. como sistema general de perfeccionamiento *(Mescheider)*.
  - C. el representar la *fuerza* de los Tities en oposición al *derecho*, hijo de los Quirites *(propietas) (Huschke)*.
- **B.—Estrictamente negativas.** La posesión romana es una superfetación en su sistema jurídico. El estado de la ciencia no permite aun investigar un principio común jurídico que la legitime en todas las legislaciones *(Bekker* (R. de B.).

El Sr. Azcárate, cuya opinión nos merece siempre profundo respeto por su absoluta imparcialidad y la profundidad de sus juicios, investigando el mismo fundamento de la protección posesoria en las diversas legislaciones, dice (1):

«Es posible ver en las legislaciones el propósito de garantizar la posesión contra un delito, contrario á la vez al derecho del poseedor y al orden público, ó el de sancionar una propiedad que se considera posible ó probable, ó el de estimarla como un complemento necesario de la protección debida al dominio, ó el de considerarla como si su fin fuera conservar el estado de hecho de las cosas; pero no puede ponerse en duda que el fundamento principal es en las legislasiones el mismo que tiene en la esfera de los principios: *una presunción legal* de propiedad, que cede ante prueba en contrario. Por esto no se concede al que posee en nombre de otro, ni respecto de las cosas que están fuera del comercio; por esto según las condiciones de la posesión, del título y del tiempo, cede la una ante la otra; por esto ceden todas ante el dominio, y por esto la presunción es más ó menos atacable, según que las cosas son muebles ó inmuebles, y en ciertas circunstancias puede llegar á hacerse absoluta é irrefragable, como acontece cuando conduce á la usucapión. ¿Cuál es á su vez el fundamento de esta presunción? El que el *jus possidendi* es uno de los que integran el total del dominio, en cuanto es condición necesaria para el mantenimiento de la propiedad, condición precisa para el ejercicio de todos los demás derechos, y por lo mismo la muestra exterior más manifiesta del dominio. Por ello la ley, donde la ve, la protege, considerando que el hacerlo es un complemento necesario de la protección debida á la propiedad, como dice Ihering, para facilitar al propietario la prueba de este derecho particular, con abstracción del total de propiedad de que se deriva. Pero claro es que esta presunción puede aprovechar y aprovecha de hecho al no propietario, en cuanto desligada la posesión del dominio, puede producir sus efec-

---

(1) *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, tomo 3.º, pág. 116.

tos la presunción sin ser cierta, y de aquí el *jus possessionis*, que, no obstante tener su fundamento racional en el *jus possidendi*, se diferencia radicalmente de éste en que subsiste por sí, constituyendo un derecho que se ha llamado por algunos *similar* del dominio, y también *cuasidominio*.

»Pero decimos que esa presunción es el fundamento *principal* de la doctrina legal de la posesión, porque no es el único, en cuanto no basta á explicar la consagrada en los códigos. En todos se reconoce la distinción esencial entre el juicio de propiedad y el de posesión, ó entre el petitorio y el posesorio, y en todos se protege al poseedor de mala fe contra los ataques violentos que vengan á perturbarle en la posesión, y claro es que ninguna de estas dos cosas podía tener lugar si se partiera tan sólo de tal supuesto; no la primera, porque debería admitirse en todo caso y desde luego al dueño la prueba de su mejor derecho; y no la segunda, porque la existencia de la mala fe destruye *ipso facto* la presunción de propiedad. Esto prueba cómo entran por mucho en la materia las consideraciones de orden público, que algunos jurisconsultos han considerado como fundamento único de la posesión. Si los códigos han hecho suyo el principio preconizado por el derecho canónico *spoliatus ante omnia restituendus*, es porque no se puede autorizar que nadie se haga justicia por su mano; y si algunos autorizan al poseedor para rechazar la fuerza con la fuerza, es porque lo consideran como una consecuencia del derecho de legítima defensa.»

Podemos, pues, colocar la opinión del Sr. Azcárate entre las mixtas relativas, pareciéndose á las sostenidas por Ramoino y por Laurent, aunque buscando su principal apoyo en la propiedad, como Accursio, Ganz, Tigerström y Ihering.

Para el Marqués de Olivart, el *derecho* es el «poder del hombre sobre el objeto jurídico», del que por la coexistencia del hombre con los demás individuos del cuerpo social, nace la *relación jurídica*. La *acción* no es el derecho, sino que supone una violación del mismo, un ataque, una lesión que por ella se corrige. Esta *lesión* puede atacar al derecho en *su fundamento*, ó en *su ejercicio* ó exterioridad. Como el adversario niega en el primer caso el dere-

cho en su base, es necesario demostrarlo; en el segundo ha negado un hecho presente que no requiere demostración. El ejercicio es una actualidad visible é indemostrable; ¿cómo exigir prueba de su existencia?, ¿ni cómo pedir al que es turbado en el ejercicio de un derecho que pruebe y justifique el fundamento del mismo? Esto equivaldría á hacer imposible la vida.

«*Toda voluntad* que *ejerce un derecho*, tiene *derecho á permanecer en él*, y como á tal, *á ser protegida.*» Es el derecho de la actualidad, el juez debe sólo *verlo* y por ello protegerlo. Puede suceder que ese ejercicio aparezca como resultado de un verdadero derecho, sin existir en realidad éste; pero desde el momento en que la ley da derecho á la exterioridad del ejercicio del derecho, la protección en ese caso es irremediable. La *protección del poseedor injusto, es objetivamente justa,* aunque con respecto á una determinada persona y en consideración á otra relación jurídica sea *subjetivamente injusta.*

La aplicación de estos principios á la *protección del ejercicio del derecho*, sin consideración al derecho mismo, forma lo que se llama la *protección posesoria.* Cuando el derecho es evidente con su título, entonces es su mera consecuencia y entra en la defensa de éste como tal; cuando se protege como el hecho del ejercicio, entonces es la protección de la posesión.

No nos detendremos en examinar cada una de las teorías que han ido inventándose, ni en refutarlas, tarea emprendida con acierto y facilitada por las obras de Ihering y del Marqués de Olivart. Con lo expuesto basta para formarse una idea de la cuestión y de su importancia.

***

Repasando los artículos del tít. 5.° y la colocación de la materia de la posesión en el Código, podemos sentar las conclusiones siguientes:

1.° Que para el legislador español, la posesión es el derecho más análogo al de propiedad, y merece por lo mismo el primer lu-

gar después de haber tratado de ésta y de algunas propiedades especiales en los títulos anteriores.

2.° Que el Código español, al proteger la posesión, atiende principalmente á su aspecto exterior, que la hace parecer una propiedad verdadera, insistiendo, no obstante, en proteger ese estado de hecho en cualquier forma que se presente, y aunque se trate de una simple posesión natural, por consideraciones de orden público y para impedir que en caso alguno haya quien se tome justicia por su mano. Supone que el poseedor es el dueño, y aun cuando no lo sea, su situación debe ser protegida hasta tanto que se demuestre que existe otra persona con derecho preferente. Idea que, como hemos visto, tiene mucha semejanza con la sostenida por el Sr. Azcárate. En el último sentido, podemos afirmar con un distinguido escritor, que para nuestro Código la posesión tiene un valor esencial por *sí misma* y sin atención á la propiedad.

3.° El Código civil define la posesión como un hecho, pero la considera como una modificación de la propiedad, toda vez que el libro 2.° se ocupa de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones, y terminado el estudio de los dos primeros objetos de dicho libro, con la posesión empiezan á desarrollarse las instituciones que considera como modificaciones de la propiedad. Estas modificaciones tienen que obrar en sentido restrictivo, puesto que la propiedad es la suma de todos los derechos sobre un objeto, el poder absoluto sobre él; luego puede decirse que constituyen verdaderas limitaciones del dominio, cada una de las cuales son realmente facultades especiales de una persona sobre una cosa ó un derecho, separadas ó desmembradas de la propiedad plena; en suma, derechos reales más ó menos extensos.

4.° Como dice el Sr. Posada, «hay gran semejanza entre nuestro Código y la *gewere* germana. Parece verse en la posesión un estado jurídico digno de amparo y respeto aun, sin atender al *animus domini*», lo cual no obsta á que, como es natural, merezca una protección especial y marcada la posesión de buena fe, estado el más perfecto dentro de la relación posesoria.

Cerremos ya estas consideraciones preliminares, más extensas

de lo que hubiéramos deseado por la importancia actual de esta materia, y entremos en el estudio de la posesión con arreglo al Código.

Desarrolla éste su doctrina en tres capítulos. *Primero:* De la posesión y sus especies. *Segundo:* De la adquisición de la posesión. *Tercero:* De los efectos de la posesión.

CAPÍTULO PRIMERO

De la posesión y sus especies.

Critícase el epígrafe de este capítulo, porque el legislador en los artículos 430 al 437 sólo se ocupa, dicen, de las especies de posesión, por lo cual el título debiera haber sido: «De las diversas clases de posesión».

No damos á esta cuestión gran importancia; pero se nos figura que, después de todo, no es tan cierto lo que se afirma. El único fundamento de esta opinión es que el Código no define en primer término la posesión en general clasificándola después, sino que desde luego define y separa dos especies de posesión. Pero habremos de observar, en primer término, que unas y otras especies de posesión constituyen la posesión en general: el todo no es más que la reunión de las partes de que se compone; en segundo lugar, que bien examinada la definición de posesión natural, no es ésta una simple especie, sino que las comprende á todas; y por último, que varios de los artículos, como el 431, el 436, y sobre todo el 437, se refieren á la posesión en general y no á especie alguna determinada.

Otra cuestión se suscita acerca de este capítulo primero. La base 11 de la ley de 11 de Mayo de 1888, empieza exigiendo que la posesión se defina en el Código en sus dos conceptos: «absoluto ó emanado del dominio y unido á él; y limitado y nacido de una tenencia, de la que se deducen hechos independientes y separados del dominio».

Con razón califica un distinguido comentarista de problema estas palabras de la base 11, y es que los términos de lo absoluto y lo limitado, emanaciones del dominio, y concepto ó tenencia de que se deducen hechos, no dan un sentido racional ni claro á la idea del legislador. En lenguaje vulgar se habría entendido el pensamiento, pero por lo visto no hubiera resultado el párrafo tan perfecto.

Confesemos que las palabras tenencia separada del dominio, ó unida á él (aunque lo unido en el párrafo es el concepto), explicarían ó harían comprender la idea que la base encierra, si el Código en alguno de sus artículos contuviese alguna aplicación de lo que de esas palabras se desprende. La duda nace principalmente de la falta de relación aparente entre el Código y la base.

¿Cuál es el concepto absoluto de la posesión ó el emanado del dominio y unido á él? ¿Cuál es el concepto limitado ó relativo, y nacido de una tenencia, de la que se deducen hechos independientes y separados del dominio? ¿Alude la base á la posesión en general y á la posesión en un aspecto determinado? ¿Trata simplemente de separar la posesión natural de la civil, como hace el Código en el art. 430? ¿Impone la distinción entre el derecho de poseer en el propietario, como signo exterior de su propiedad, y el derecho de posesión, como poder de hecho sobre las cosas, separado y opuesto al derecho esencial de dominio? ¿Expresa tal vez que unas veces se posee con el ánimo de haber las cosas ó derechos como propios, y otras representando el derecho de un tercero, ó unas veces en concepto de dueño, y otras en concepto de no dueño? Difícil es averiguarlo. Si atendemos á las palabras citadas de la base, parece que lo que se quiere separar es la posesión, como una de las facultades del dueño (derecho de poseer) ejercida por él ó para él, de la posesión como esa misma facultad cuando reside en una persona distinta, ejerciéndose por esta misma para sí propio, ó por otra en su nombre. Pero si atendemos al desarrollo de la base en el tít. 5.° del libro 2.° del Código, y á las demás palabras de la misma base, que exigen que se mantengan las consecuencias de esa distinción en las formas y medios de adquirir la

posesión, tendremos que deducir una de estas dos consecuencias. O la base dice una cosa distinta de lo que parece decir, ó el Código prescinde por completo de la base y legisla sobre la materia con un criterio completamente distinto. Estas son las ideas *emanadas* de la lectura de la base 11, y de su comparación con el tít. 5.° del libro 2.° del Código civil.

Y es claro, la posesión, como uno de los derechos del dueño, debe desde luego separarse (está de hecho separada al tratar primero de la propiedad); pero una vez hecha la separación ó distinción, ya no había para qué ocuparse más de ella, ni para qué desarrollar, como dice la base, lo relativo á sus formas y á los medios de su adquisición. El dueño posee como dueño las cosas que le pertenecen; el usufructuario posee como dueño del usufructo (si así quiere admitirse), su derecho especial; pero esta consecuencia natural y lógica de la existencia del derecho carece de importancia en el estudio de la posesión, como algo distinto de la propiedad en sí misma.

El depositario posee la cosa en nombre del dueño de ésta. En este sentido el depositario, el administrador, el comodatario, el acreedor pignoraticio, etc., puede decirse que tienen una posesión emanada del dominio y unida á él, una tenencia en absoluto sin ánimo de disfrutar ó poseer para sí. En cambio, el que no siendo dueño de una cosa ó de un derecho, tiene la posibilidad constante de disponer de ellos para sí mismo, disfruta una tenencia de la que no se deducirán hechos, pero sí derechos independientes y separados del dominio. Si así se comprendiese la base 11, interpretación que resulta algo violenta, las distinciones hechas en los artículos 430, 431 y 432 podrían considerarse como el desenvolvimiento de la idea del legislador.

Respecto á las especies de posesión, el Código en esos artículos y en el 433 distingue:

1.° La posesión natural y la civil.

2.° La posesión en concepto de dueño y en concepto distinto al de dueño.

3.° La posesión por sí mismo ó en nombre de otro.

4.° La posesión de buena y de mala fe.

Además, los autores suelen hablar de posesión *viciosa*, sin título adecuado, ó sin título alguno, y no *viciosa* ó con título bastante; *justa* é *injusta*, posesión y *cuasi posesión, possessio ad interdicta* y *possessio ad usucapionem, pacífica* ó *violenta, clandestina, pretoria, judicial, civilísima, actual, imaginaria, proindiviso*, etc., todas las cuales ofrecen escasa importancia práctica.

Pasemos al articulado.

ARTÍCULO 430

Posesión natural es la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos.

Precedentes legales. Partidas.—La ley 1.ª del tít. 30 de la Partida 3.ª decía: «Possession tanto quiere decir como ponimiento de pies. E segun dixeron los sabios antiguos, possession es tenencia derecha que ome há en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento. Ca las cosas que non son corporales assi como las seruidumbres que han las vnas heredades en las otras, e los derechos porqué demanda vn ome sus debdas, e las otras cosas que non son corporales semejantes destas, propiamente non se pueden posseer, nin tener corporalmente, mas vsando dellas aquel á quien pertenece el vso; e consintiéndolo aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de possessión.»

Algún escritor encuentra en la definición que de la posesión nos da la ley transcrita, elementos de tres clases: *materiales ó físicos, morales ó psicológicos* y *jurídicos*. Es elemento *material*, «la tenencia que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo, ya por lo de *tenencia* que antes explica la ley con la frase *ponimiento de pies*, ya por lo más expresivo de este carácter material atendidas las palabras» *con ayuda del cuerpo*. Es elemento *moral* el que se muestra por las que añade: «*e del entendimiento;* es decir, la posesión no tan sólo de *hecho*, sino de *voluntad*, ó sea el *ánimo* de

adquirir, *animo sibi habendi*, fundado en la presunción de ser dueño. Es elemento *jurídico*, el representado por la palabra *derecha*, que se agrega á la de tenencia, expresiva de que ésta ha de ser *según Derecho*, *ó con título bastante*» (1).

La ley 2.ª del mismo título y Partida nos da idea de la posesión natural y la civil en esta forma:

«Ciertamente dos maneras y ha de possession. La *vna es natural*, e la otra es por otorgamiento de derecho, á que llaman en latín *ciuil*. E la natural es quando ome tiene la cosa por sí mismo, corporalmente, assí como casa, ó su castillo, ó su heredad, ó otra cosa semejante, estando en ella. E la otra que llaman ciuil es quando algun ome sale de casa de que el es tenedor, ó de heredad, ó de castillo, ó de otra cosa semejante, no con entendimiento de la desamparar, mas porque no puede ome siempre estar en ella. Ca estonce, magüer non sea tenedor de la casa corporalmente, seerlo há en la voluntad, e en el entendimiento, e valdrá tanto como si estuuiesse en ella por sí mismo.»

Para el Rey Sabio, la posesión natural es la posesión actual y corporal de las cosas, la posesión de hecho, usando la palabra en un sentido material, pero sin duda el más propio. La posesión civil estriba en el ánimo de poseer la cosa aunque no se ocupe materialmente, ó aunque físicamente la ocupe un tercero en nombre del poseedor.

Los comentaristas tratan de deducir de otras leyes del mismo título y Partida, la doctrina de que en dicho Código la posesión natural se bifurca en dos: una, la ocupación actual y corporal de las cosas; otra, en sentido antitético, á la que ellos llaman posesión civil, ó sea la que por *otorgamiento de derecho* conduce á la usucapión. Deducen esto de la ley 5.ª, según la cual, lo mismo el arrendatario que el usufructuario y el censatario tienen la posesión de hecho de las cosas, pero nunca, por mucho tiempo que las posean, ganan el señorío ó el dominio de ellas; de modo que entienden por posesión natural la que se ejerce en concepto distinto al de dueño,

(1) Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*.

y por posesión civil la que se ejerce en concepto de dueño, única que puede conducir á la adquisición del dominio por prescripción.

Cada cual es árbitro de sacar de una ley las consecuencias que crea se desprenden de ella; pero confesamos que no vemos el encadenamiento lógico de esa deducción. El concepto de posesión natural y posesión civil está en la ley 2.ª, y con arreglo á él, el dueño que se halla lejos de su finca posee civilmente, y el arrendatario que la ocupa posee naturalmente, y como es lo corriente que en los casos que se citan en la ley 5.ª, la posesión actual y material no esté en el dueño y sí en el arrendatario, usufructuario ó censatario, es claro que se trata de una posesión natural; pero de que éstos no puedan ganar el dominio de las cosas que poseen, no deducimos nosotros que sea posesión civil la que conduce al dominio. También el usufructuario, el censatario ó el arrendatario pueden estar lejos de las cosas y poseer civilmente sin ganar por eso el dominio. También puede estar la cosa en poder del que posee en concepto de dueño y adquirirse por éste el dominio, siendo su posesión natural, lo que prueba que se trata de una distinción aparte ó diferente, que puede ó no coincidir con la de natural y civil, coincidencia posible y aun probable, pero que no autoriza á identificarlas.

La frase posesión civil, ó *por otorgamiento de derecho*, se halla en la repetida ley 2.ª, pero sin aditamento alguno por virtud del cual pueda deducirse que es la que conduce á la usucapión. Significa, que aun cuando no se posea materialmente, por otorgamiento de derecho, se finge ó se reconoce que existe posesión, llamándose por esto posesión no natural, sino civil.

Distingamos, pues, la posesión en natural y civil, y en concepto de dueño ó en concepto de no dueño, según las Partidas; pero llamemos cada cosa con su nombre, sin confundirnos ni confundir á los demás.

¿Sigue nuestro Código el precedente sentado en las Partidas? Por de pronto el Código rehuye el definir la posesión en general, ó así aparenta al menos, sin duda, se dice, por creerlo difícil ó peligroso, y en esto se aparta de las Partidas; pero admite como distinción previa y fundamental la de posesión natural y posesión ci-

vil. Basta leer la ley 2.ª citada del tít. 30 de la Partida 3.ª, y á continuación el art. 430 del Código, para convencerse, sin embargo, de que las ideas son completamente distintas; se conservan los nombres, pero se altera profundamente el concepto. Un sólo código moderno, el de Guatemala, respeta la idea de las Partidas: «Hay posesión natural, dice en su art. 516, por la mera aprehensión corporal de la cosa; la hay civil por ministerio de la ley, aun sin dicha aprehensión.»

Posesión natural.

Posesión natural, dice el art. 430, es la *tenencia* de una cosa ó el disfrute de un derecho por una persona.

Prescindamos por ahora del inciso «ó el disfrute de un derecho», consecuencia de la extensión de la palabra cosas á los derechos, y de la identificación de los conceptos antiguos de posesión y cuasi posesión, y tendremos que, para el Código, la posesión natural es la tenencia de una cosa por una persona, ó si quitamos el sujeto y el objeto, que la posesión natural estriba en la tenencia, palabra que es la que debemos poner en claro, sin perder de vista, no obstante, que uno de los elementos de la posesión civil, según el art. 430, es esa misma tenencia.

Si acudimos al Diccionario, veremos que *tener* significa asir una cosa, poseer, disfrutar, gozar, haber algo, así como *haber* es tener ó poseer, y *tenencia* significa la ocupación y posesión actual de alguna cosa.

En lenguaje vulgar, tenencia es un término muy poco usado, que cualquiera explicaría como el hecho de tener una cosa, entendiéndose usualmente que lo mismo tiene una alhaja el que la ostenta en su traje que el que la guarda en un estuche, y lo mismo tiene una casa el que habita constantemente en ella, que el que la tiene cerrada y vive en otra (lo mismo el poseedor natural que el civil, según las leyes de Partida).

En sentido jurídico era cosa corriente llamar tenencia á la aprehensión material de un objeto, á la ocupación actual y corporal; pero este modo de entender la palabra tenencia era tan puro,

tan exagerado, que cuesta trabajo hasta el pensar qne se considerase necesario el estar siempre de pie sobre una finca, ó el tener siempre asido un objeto, para poder conceder que esa finca ó ese objeto se hallasen en nuestra tenencia, y á este extremo conduciría el entender rigurosamente ó al pie de la letra el sentido de esa palabra. Aun si la tenencia se exigiese sólo en la posesión natural, podríamos aceptar tal rigorismo, aunque á nada práctico conduciría; si un amigo mío entrase en mi casa y tomase mi bastón para verlo, mientras lo tuviese, él sería su poseedor natural; pero ¿que consecuencias jurídicas se desprenderían de tal teoría? De todos modos, exigiéndose también la tenencia para que exista posesión civil, es necesario dar mayor extensión á esa frase. Lo mismo en la posesión natural que en la civil, no se concibe que el legislador tuviese una exigencia tan absurda. Tanto valdría pedir un imposible.

El buen sentido ha dado á esa frase una extensión tan natural y lógica como irremediable. El labrador no pierde la tenencia de sus tierras aunque se retire con sus instrumentos de labranza al pueblo ó al cortijo; el cazador no pierde la tenencia de su escopeta aunque la deje olvidada mientras come ó duerme; el general no pierde la tenencia de su caballo aunque no lo monte. Y así lo entendía también el autor de las Partidas, al decir en la 3.ª, tít. 30, ley 12: «Después que há ome ganado la *tenencia* de alguna cosa, siempre se entiende que es tenedor della; quier la tenga corporalmente, quier non, fasta que la desampare con voluntad de la non auer; ca como quier que todavía non la tenga corporalmente la cosa, siempre puede ser tenedor della en su voluntad.»

Huyendo tal vez del mismo materialismo, definió Savigny la posesión como la *posibilidad*, no sólo de disponer de la cosa, sino de defenderla contra toda acción extraña; definición que combaten, entre otros, Liebe y Molitor, por no expresar la palabra posibilidad realidad alguna: falta la realización de esa posibilidad. El leñador que atraviese un bosque, armado con su hacha, sería su poseedor, dice Bruns. Un hombre, dice el Marqués de Olivart, que esté con una espada en la mano enfrente del cercado ajeno en el que no en-

tró nunca, pero con la voluntad de no dejar entrar á nadie, ¿poseerá esta finca? De aquí que algunos exijan para la posesión ó tenencia una posibilidad realizada, palabras que tienen el defecto de no ser muy claras, pero que indican que á la posibilidad constante debe acompañar el hecho de la aprehensión.

Las cosas tienen distinto uso, según su clase y naturaleza, y según el objeto á que se destinan. El poseedor de ellas ha de usarlas, como lo haría el propietario en su caso ó la persona que sobre las mismas tuviese el derecho que el poseedor de hecho ejercita. Se puede tener la cosa materialmemte siempre que la voluntad quiera; y cuando esa tenencia material falta, ha de existir la posibilidad de realizarla.

La tenencia se manifiesta, pues, no como la aprehensión ú ocupación material de un objeto, siempre actual ó ejercida constantemente, sino como la posibilidad constante de esa aprehensión ú ocupación, siempre que la voluntad quiera determinarse á ello. Cualquiera disfruta á veces de esa posibilidad, pero no siempre que quiera, ni de un modo constante, ya porque el que no es tenedor de una cosa no la tiene siempre á su disposición, ya porque el que esté en la tenencia, mientras la disfrute, puede impedirlo.

Para nosotros, la palabra tenencia se emplea en el Código en ese sentido. No es la ocupación ó la aprehensión actual y material de la cosa por una persona; en suma, el servirse de ella constantemente, es el hecho de poderla aprehender ú ocupar, ó hacerla servir, según su clase y destino, siempre que esa persona quiera.

Claro es que ese hecho no se concibe sin un *sujeto,* la persona en quien reside ese poder ó esa posibilidad; un *objeto,* la cosa que puede ocuparse y realmente se ocupa, y una *relación* entre el sujeto y el objeto; relación caracterizada por ese poder ó el hech o consecuencia del mismo.

El Código espiritualiza aun más que las Partidas. Así dice el art. 438: «La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído, ó por el hecho de quedar éstos sujetos á la acción de nuestra voluntad...» De modo que aun para la adquisición, basta el hecho de quedar las cosas ó derechos poseídos

sujetos á la acción de nuestra voluntad, y como la tenencia es requisito común á la posesión natural y á la civil, habremos de deducir que es bastante esa relación del sujeto con el objeto para que exista la tenencia, y que con toda esa extensión emplea el artículo 430 la frase que nos ocupa.

*
* *

Ahora bien; el Código dice que posesión natural es la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho, y de aquí debemos deducir dos cosas:

1.° Que para el Código pueden ser objeto de posesión natural lo mismo las cosas que los derechos.

2.° Que la palabra tenencia significa, respecto á las cosas, lo que la palabra disfrute significa respecto á los derechos, ó lo que es lo mismo, que el término disfrute envuelve la misma idea que el de tenencia. Quizás esta analogía que parece establecerse no sea muy verdadera, porque es lo cierto que lo mismo las cosas que los derechos pueden tenerse y pueden disfrutarse, razón por la cual más propia nos parece la expresión del código portugués en su artículo 474, al definir la posesión, como la retención ó el disfrute de cualquiera cosa ó derecho.

La definición del Código se aprecia y entiende mejor por cualquiera que no haya estudiado el derecho, que por los mismos jurisconsultos. El tener una cosa ó el disfrutar un derecho, eso constituye la posesión de ese derecho ó de esa cosa en un sentido general y absoluto. Pero como el derecho ha ido admitiendo no pocos términos que podemos llamar convencionales, cuanto más vulgar es el lenguaje resulta menos jurídico.

Así es que no faltan críticas al Código por la definición de posesión natural. Si hemos llegado á convenir, se dice, en que todo objeto de derecho debe llamarse cosa; si cosa, en cierto sentido, como expresa un autor, es «toda existencia física y real, ó jurídica y legal, susceptible de ser materia de derechos y obligaciones, ó término objetivo en relaciones jurídicas»; si según el Código, bajo

la acepción cosa se comprenden lo mismo las corpóreas que las incorpóreas; si esto, repetimos, es así, todo lo que no sea persona es cosa (difícil es encontrar un término más elástico), los derechos son cosas, y bastaba decir que la posesión natural es la tenencia de una cosa por una persona. Por otra parte, la frase «disfrute» de un derecho se presta á confusión. El usufructo de un derecho no es más que el disfrute de un derecho, según la definición del Código hecha en el art. 467, relacionándolo con el 469. Luego la posesión natural de un derecho es exactamente igual al usufructo de un derecho, los términos posesión y usufructo se confunden: ¿cabe mayor absurdo?

No hay que exagerar. La palabra cosa es suceptible de varias significaciones. Cierto que el art. 333 habla de todas las cosas que pueden ser ó son objeto de apropiación, y en los artículos 334 y siguientes se comprenden derechos; pero ni todos los objetos de derecho pueden ser objeto de apropiación, ni al expresar solamente el art. 430 que posesión natural era la tenencia de una cosa, se hubiera por todos entendido que esas palabras comprendían toda clase de derechos. Probablemente entonces se hubiera criticado al Código, partiendo de un punto de vista diametralmente opuesto El legislador tiene disculpa al usar ambos términos, con lo que gana el art. 430 en claridad lo que pueda perder en propiedad jurídica de lenguaje. Es más, como en nuestra opinión las cosas no son los derechos, como no somos partidarios de esa extensión que ha querido darse al significado de la palabra cosas, extensión que á tantas confusiones se presta y distinguimos siempre entre los hechos, los derechos y las cosas, objetos todos de relaciones jurídicas, aplaudimos en este punto el tecnicismo del legislador español. De eliminarse algo, no es ciertamente la palabra derechos la que sobra.

Dice Tartufari que al definir los códigos la posesión como tenencia de una cosa ó ejercicio de un derecho, no son dichas ideas disyuntivas, sino acumulativas, pues siempre va unido con la detención de la cosa el ejercicio de un derecho. El Marqués de Olivart afirma que todo acto voluntario humano es ejercicio ó conte-

nido del ejercicio de un derecho. La tenencia ó disfrute de un derecho hubiera sido tal vez definición más exacta, porque, en verdad, en esa tenencia ó disfrute va envuelto el disfrute ó la tenencia de las cosas.

En cuanto al otro extremo, sólo haremos notar que no es lo mismo disfrute que usufructo, que en el usufructo no puede alterarse la forma ni destruirse la sustancia de la cosa, limitación que no existe en la posesión, y que el término disfrute, solo y en general, no es tan impropio como quiere suponerse.

Advierte un autor distinguido que «decir que posesión natural es el disfrute de un derecho, es claro que no puede representar lo que las palabras revelan, sino lo que la intención quiso expresar, y que se refiere á quien sin pertenecerle un derecho, ó con creencia fundada de que le pertenecía, ha disfrutado de sus resultados ó beneficios; por ejemplo, cobrado rentas sin ser arrendador, percibido frutos sin ser usufructuario». Esta es la idea que tenemos nosotros de la posesión: tener una cosa como dueño sin ser dueño; disfrutar un derecho como propio, no siéndolo; pero no hay que olvidar que se habla de la posesión natural, y que bajo tal aspecto comprende el Código toda tenencia, lo mismo la del dueño que la del que se cree dueño, lo mismo la del que sabe que no es dueño y tiene el ánimo de serlo, que la del que sabiendo que es sólo depositario, arrendatario, censatario, etc., no pretende tener la cosa ó el derecho bajo concepto distinto del que le corresponde. Por esta razón, el Código no dice más que lo que dice, mejor ó peor dicho, ni tiene intención de decir otra cosa distinta. Falta quizás en las definiciones uno de los elementos esenciales de la posesión, el ser ejercicio del contenido de un derecho, *sin el derecho cuyo contenido se ejerce,* como diría el Marqués de Olivart; pero cuando las palabras de una ley son claras, no podemos recurrir á la intención.

Posesión natural es, por lo tanto, según el Código, la tenencia; esto es, la ocupación actual ó posible de una cosa ó de un derecho por una persona y al arbitrio de ésta; ó el hecho y la facultad que de ese hecho se desprende de poder servirse, á voluntad del tene-

dor, de una cosa ó de un derecho, según su clase; la aprehensión material y la posibilidad de aprehender; la ocupación material ó el hecho de quedar una cosa ó un derecho, sujetos á la acción de nuestra voluntad; la exterioridad real de toda relación posesoria; la relación en toda su generalidad del sujeto con las cosas; la retención ó el disfrute de cualquier cosa ó derecho; el poder de una persona sobre una cosa; toda manifestación de ese poder; el ejercicio de un derecho ó de su contenido. No puede ser más absoluto, por lo tanto, el significado de la frase posesión natural.

Respecto al sujeto y al objeto de la posesión, tiempo tendremos de examinarlos al comentar los artículos 439 y 437, no creyendo necesario adelantar ideas ó duplicar doctrinas.

Posesión civil.

Posesión civil, añade el art. 430, es esa misma tenencia ó disfrute, unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos.

De la definición del Código se desprende que la posesión civil no es un concepto distinto de la posesión natural, sino que es una parte de la misma. Toda tenencia es una posesión natural; cuando la acompaña la intención de que habla el art. 430, la posesión natural se llama civil; luego la posesión civil es sólo un aspecto de la natural.

No se trata, pues, de una clasificación normal, como la de los bienes en muebles é inmuebles, ó de dominio público y de propiedad particular; no se trata de dos aspectos ó situaciones diversas de una misma cosa, cada una de ellas con su existencia propia é independiente dentro de su unidad; la relación no es la de dos partes distintas dentro de un todo, sino la del todo con una de sus partes. Es como si se dijese: los bienes son de dos clases, bienes en general y bienes muebles; ó el agua se compone de dos elementos, agua y oxígeno.

De aquí deducimos que realmente no se trata de una clasificación, sino más bien de una definición de la posesión en general y una designación del carácter que requiere para que pueda llamarse civil. En la posesión natural debemos ver, por lo tanto, el sentido

general de la palabra posesión; ó de otro modo, á toda especie de posesión, á toda relación ó á todo poder de la persona con ó sobre las cosas, la considera el Código como posesión natural, según expusimos anteriormente.

Del art. 430 se deriva, sin embargo, una clasificación: la posesión natural es civil, cuando á la tenencia ó disfrute por una persona van unidos la *intención* de haber la cosa ó derecho *como suyos;* y es... no civil, digámoslo así, cuando no existe esa intención.

Veamos, pues, lo que es la posesión civil, y fijemos ante todo el sentido de la palabra intención.

Repetimos aquí lo que hemos notado anteriormente. Para toda persona poco versada en el estudio del derecho, la inteligencia es clara. Para algunos comentaristas del Código la cuestión es difícil: la palabra intención es una montaña, no porque no se entienda, sino porque para ellos no puede ser que el legislador la emplease en su sentido propio, creyendo que quiere decir mucho más. Otros aceptan su sentido propio, pero critican despiadadamente el concepto que al Código merece la posesión civil.

Intención, dice el Diccionario, es la determinación de la voluntad en orden á un fin, ó el designio, fin ú objeto mismo que persigue la voluntad; ánimo, propósito, voluntad, pensamiento. La posesión civil, es pues, la tenencia ó disfrute de una cosa ó derecho por una persona, con la intención, el propósito, el ánimo, la voluntad, el fin ó el pensamiento de haber la cosa ó derecho como suyos; es la tenencia unida á la determinación de la voluntad en orden á un fin, el de haber la cosa ó el derecho como propios.

Pero las consecuencias de labor tan sencilla asustan á algunos escritores distinguidos. Uno de éstos dice sobre este particular lo siguiente:

«Continúa el mismo artículo diciendo, «posesión civil es esa »misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó »derechos como suyos.» El fondo es cierto, aparte de una omisión capital, cual es la de la razón jurídica de la posesión civil, que notamos al resumir esta doctrina, pero la expresión es sumamente de-

fectuosa, porque con sólo fijarse en el valor gramatical de las palabras, resulta que la idea de la *intención* no es igual á la de *creencia,* que es sin duda la mente que inspira la redacción de este pasaje del Código, de conformidad con la doctrina corriente en este punto de escritores y de leyes. Significa la idea de la *intención* el concurso de la voluntad, la intervención del propósito, mientras que la idea de la *creencia* es aspecto intelectual más que volitivo, ó sea, responde á la consideración del pensamiento que tiene el que posee una cosa de buena fe, creyendo que es suya ó poseyéndola como si fuera suya. En realidad, la palabra intención sustituyendo á la de creencia es una manifiesta inexactitud de expresión. *Intención* de poseer una cosa como suya, de disfrutarla y de gozarla como tal, la tiene el detentador, el ladrón, en mayor grado de voluntad seguramente que el mismo poseedor de buena fe, por donde se observa que no es la *intención* ni la *voluntad* lo que constituye el elemento psicológico-jurídico de la posesión civil; en tanto que la *creencia* ha de ser de *buena fe,* y se funda en un *título justo* ó en un motivo hábil, según el derecho, para haber ganado la posesión de las cosas, y lo que es más, *pensar ó creer* haber adquirido su dominio. La *intención* puede ser un resultado de la *creencia.* Esta es una ficción que nace de la voluntad y del título, pero cuyo concepto se forma con un estado intelectual, previo, racional, verosímil y eficaz según el derecho, al cual se aplica después la obra de la voluntad; de suerte que en la generación psicológica de este concepto, la intención sobreviene ó nace después del pensamiento y de su aplicación al modo jurídico adecuado y bastante para que, unido á este elemento, constituya la creencia que sirva de base á la posesión de buena fe, y á su vez engendre por ella el llamado *derecho real de posesión civil*, ó sea ese estado de relación jurídico-real del hombre con las cosas, inmediatamente próximo y fronterizo al perfecto estado absoluto del *derecho real de dominio....*»

Otro escritor no menos distinguido acata el precepto; pero no lo acepta como verdadero por abundar en las mismas ideas defendidas en el párrafo anterior. Veamos algunos de sus conceptos:

«Obsérvese cómo en el anchuroso cerco donde la voluntad in-

dividual se desenvuelve, puede ésta ofrecérsenos, ó como pura y sencilla volición, sin más trascendencia subjetiva que la ocupación y disfrute de una cosa, ó como producto de una reflexión determinada é influida por la idea de nuestro dominio sobre la cosa que estamos poseyendo.

»En ambos casos encontramos el *animus* en su más genérica acepción, porque tanto en uno como en otro, la voluntad coexiste con la tenencia de la cosa; pero basta observar la diversidad de los estados posesorios para comprender que en la situación jurídica primera la voluntad se contrae al hecho de tener la cosa y disfrutarla, al paso que en la segunda el *animus* se refiere directamente al dominio.

»Sentados estos principios, mediante los cuales tratamos de alejar el peligro de la confusión, podemos afirmar que el *animus*, como elemento integral de la *possessio civilis*, debemos traducirle con sujeción á las doctrinas desarrolladas por nuestro Código, como *animus domini* ó *animus sibi-habendi.*

»Es suficiente que el poseedor natural de la cosa tenga intención de tratar ésta como dueño, para que la posesión civil exista.

....

»Si el *animus domini* lo llena todo, si teniendo la intención de poseer como dueños, contamos lo suficiente para podernos calificar de poseedores civiles, reconozcamos por decontado que la tésis que Argou mantiene es la misma que profesa el Código, y que, por tanto, la posesión civil consiste en el *animus domini*, sea el poseedor de buena ó mala fe.

»Deduzcamos también otra consecuencia. Estimando la *bona fides* con plena independencia del *animus domini*, cual si fuesen diversas capas de un estrato legal, la posesión civil queda reducida á la escasísima significación en el derecho legislado, de una abstración sin realidad positiva, de un clasicísmo arcáico, del término de una nomenclatura que, en el ánimo de muchos, está llamada á desaparecer.

»El objetivo de toda posesión jurídica no es ni puede ser otro

que el de lograr el dominio. Mas el *animus domini* ó sea la intención de tratar la cosa como propia, no es suficiente para obtener tal resultado, si no concurre además la *bona fides.*

»Si el *animus domini* genera por sí solo la *possessio civilis*, es indiscutible que bajo este último dictado no podemos comprender en modo alguno la posesión que conduce á la usucapión, porque para llegar á usucapir ordinariamente la intención, poco significa.

»¿Será poseedor civil, v. gr., el que posee á sabiendas una cosa usurpada? Según el Código civil español, sí; porque, además de la tenencia, el usurpador puede tener la intención de haber aquella cosa como propia.

»Y no se arguya en contra que la frase «intención de haberla cosa como suya» sólo puede admitirse como contenido de la voluntad, porque, aparte de reconocerse la inadecuada expresión de los conceptos, pondríase más de relieve la insustancialidad de un estado posesorio que no conduce á término eficaz.

»Además, el Código estatuye la *possessio civilis* como antítesis ó contraposición de la *possessio naturalis*, y si ésta nos muestra en toda su generalidad la relación del sujeto con las cosas, aquélla ha de apreciar necesariamente esta relación en cuanto se encamine á un fin preestablecido y sancionado por el derecho. ¿Qué fin jurídico se alcanza con la tenencia unida al *animus domini*? Ninguno.

»El mismo Código se encarga de comprobarlo ¿Qué es pues la posesión civil en nuestro Derecho pátrio? Ya lo hemos dicho: una abstracción sin realidad positiva.

....

»Intención de tratar la cosa como suya tiene el ladrón y el bandolero; intención tiene también el poseedor de mala fe; de ésta intención no carece el usurpador, y sin embargo, no es posible admitir que el Código haya querido considerar como poseedores civiles á los usurpadores, á los ladrones y á los bandoleros. ¿Qué diferencia mediaría entre el que poseyera en virtud de un título en la creencia de dueño y en la absoluta ignorancia de los vicios de que

su título adolecía, y aquel otro que estuviera poseyendo una cosa á ciencia cierta de la usurpación? (1).

»Nuestra tésis acaso se tache de aventurada; los espíritus apegados á lo tradicional verán en la opinión que profesamos un quebrantamiento de los dogmas jurídicos consagrados por la antigüedad; los rigoristas de la letra reprocharán de audaz nuestro criterio, pero á despecho de las censuras y de los contradictores, profesamos una doctrina, la sentimos con espontaneidad y la exponemos sin recelo. La *possessio civilis* no consiste en la intención de tratar ó de haber la cosa como propia, sino en la *convictio domini*, es decir, en la creencia, en la convicción de que la cosa que estamos poseyendo nos pertenece.»

Estimamos en mucho las opiniones de tan notables comentaristas, y aunque algo más conformes con lo que afirma el segundo que con lo que expone el primero, nos parece que el Código en el artículo que comentamos, no merece la acerba crítica que se le dirige. Encontramos sí la falta de un elemento jurídico que limite el amplio concepto de la posesión civil; estimamos innecesarios los términos de posesión civil y posesión natural; no nos satisface la palabra «intención» adoptada por el legislador; pero creemos que la posesión de buena fe, la posesión con la creencia ó convicción de haber las cosas ó derechos como propios, ni es la definida en la segunda parte del art. 430, ni debió serlo.

Lo primero resulta claro sin más que leer el artículo; puede creerse que el legislador debió definir en otro sentido la posesión civil; lo que no puede admitirse es que «*creencia* y no *intención* es la mente que inspira la redacción de este pasaje del Código.» Y esto sencillamente porque la mente del legislador constituye un punto oscuro que con igual criterio podría entenderse por otros en diversos sentidos muy diferentes. El espíritu de la ley no hay que investigarlo, porque resulta evidente cuando las palabras em-

(1) Véase la diferencia en los artículos 441, 444 y 1956 del Código civil, y en el Código penal.

pleadas son claras y expresan un sentido racional, esté ó no conforme con la opinión de los autores. Por lo demás, tampoco es cierto que la idea que expresa el Código no sea conforme con las teorías de otros escritores y con la doctrina de otras leyes.

El Sr. Azcárate divide la posesión en natural y civil ó jurídica, según que no suponga relación alguna de propiedad ó que la suponga. Nuestro Código supone como necesaria esa relación de propiedad para que exista posesión civil, y si ha de investigarse la mente del legislador, estimamos que esa es su idea, tal vez no bien interpretada con la palabra intención.

Navarro Amandi clasifica la posesión en natural y civil, y ésta, caracterizada por la intención de haber la cosa ó derecho como propios, la divide en posesión de buena y de mala fe.

Argou entiende que la cualidad esencial de la posesión civil es el *animus domini*:

Lomonaco la nombra posesión legítima, separándola de la buena fe.

Estimaron el *animus dominantis*, como intención de usar la cosa como el dueño la usaría, cual elemento esencial de la posesión, Ramos del Manzano, y Retes, Connano, Duareno, Cujacio, Donellus, Fabro, Vinnio, Voet y otros.

Savigny dice: «La detención es el hecho físico que corresponde al jurídico de la propiedad, y el *animus possidendi* es la intención de ejercer el derecho de propiedad; si quiere ejercer el de otro, *possessio alieno nomine;* si quiere ejercer el suyo, entonces es *animus possidendi, domini* ó *rem sibi-habendi.* Así, es necesario que se porte respecto á ella como lo hace un propietario, lo que lleva consigo la necesidad de rehusar el poseedor un derecho superior al suyo... No pueden admitirse terceras hipótesis, pues la de un poseedor que no reconozca el derecho de propiedad ni en sí ni en nadie y sólo quiera tener la cosa y conservar los frutos, no lo es realmente, pues rehusando el derecho de otros en los que detiene, ya tiene *animus dominantis.*»

Admiten en el fondo la misma idea Domat, Pothier, Mainz, Riedmaten Appletón, Trendelenburg, Machelard y otros.

En cuanto á los Códigos extranjeros, hay algunos que abundan en el mismo pensamiento que el nuestro. El Código de la República de Chile, art. 700, define la posesión como la tenencia de una cosa determinada con *ánimo* de señor ó dueño. El proyecto de Código en Alemania, art. 797, dice que la posesión de una cosa se adquiere por la tenencia de la misma, unida á la *intención* del poseedor de haberla como suya. Los Códigos de Zurich y de Berna, éste sobre todo, vienen á establecer el mismo principio.

No negamos que el punto de vista en que el Código se coloca al definir la posesión civil, conduce á pocos resultados prácticos, más bien por la dificultad de apreciar esa intención, si á ella solamente hubiera de atenderse, que por la falta de exigir la convicción ó creencia en el poseedor. También estamos conformes en que no es lo mismo poseer con la intención de ser dueño, que poseer en concepto de dueño. Pero si el Código peca en admitir un concepto de posesión civil demasiado extenso, el comentarista á que hemos aludido últimamente peca por el extremo contrario al suponer que no existe más posesión civil que la de buena fe.

Desde la posesión en general, que es la posesión natural en el Código, á la posesión de buena fe, hay mucho camino que recorrer. La posesión de buena fe es, sin duda, el estado más perfecto de la relación posesoria; pero se une con otros estados por ciertos caracteres comunes que permiten formar un grupo superior é intermedio, que es, sin duda, el de la posesión civil. ¿Ni á qué conduciría volver á definir ésta con otro nombre (posesión de buena fe) en el art. 433?

No se defiende con entera lógica la idea del aludido comentarista. ¿Por qué no existe más posesión civil, según éste, que la de buena fe? «Porque el objetivo de toda posesión jurídica no es ni puede ser otro que el de lograr el dominio», porque «la *convictio* implica á su vez la perfectibilídad mediante la cual podemos alcanzar el dominio, fin ulterior de la *possessio civilis.*» ¿Es esto verdad? ¿es cierto que la *convictio domini*, como dicen, ó la buena fe, sea un requisito necesario para lograr el dominio? De ningún modo. Véanse los arts. 1955, párrafo segundo, y 1959 del mismo

Código. Lo mismo puede llegar á adquirir el dominio el poseedor de buena fe que el de mala fe; el exigirse para ello mayor número de años, no es negar esa posibilidad ó ese derecho. La buena fe es un requisito independiente de la posesión, cuando se conceptúa necesaria, como lo prueba el art. 1957. Luego nuestro Código, aun siguiendo el mismo derrotero que estos autores, no hubiera podido llegar á una conclusión tan pobre y limitada como la que se dice estuvo en la mente del legislador, ó la que se cree que debió sustituir al concepto de posesión civil.

No es cierto que el fin de toda posesión jurídica sea alcanzar el dominio. Otros fines y otros efectos jurídicos puede conseguir el poseedor, y detalla el Código. Pero admitámoslo: el Código llama posesión civil á la que puede conducir al dominio por prescripción (ordinaria ó extraordinaria). ¿Y cuáles son los requisitos *esenciales* para ello? ¿Acaso la buena fe? Nunca; no es esencial un requisito que, aunque falte, no estorba á la adquisición por prescripción. Los requisitos esenciales son dos: uno *poseer* como *dueño*; otro poseer *durante cierto número de años*. De este último no pudo ocuparse la ley en el art. 430, porque ya no es la posesión en sí misma, es la esencia del modo de adquirir el dominio que se denomina prescripción, y el Código trata de la posesión como medio posible, no como medio seguro de llegar al dominio. Del otro requisito sí debió tratar. Al ocuparse de él, ¿le llama posesión civil? Creemos que no: el legislador se refiere á ese requisito en el artículo 432. ¿De qué sirve entonces la posesión civil, presentada como el ánimo, la intención, el pensamiento, la voluntad ó el propósito de haber la cosa ó el derecho del mismo modo que los tendría el dueño, ó como si fuesen suyos? Esta es otra cuestión distinta; servirá de poco, cosa en que estamos conformes; pero el Código admite ese estado como una relación más extensa aún que la de la posesión en concepto de dueño, y ante los hechos consumados debemos inclinarnos.

En la posesión civil como simple relación de hecho análoga á la de derecho que se denomina propiedad, con toda la amplitud que el concepto reviste en el Código, prescindiendo, con razón ó sin

ella, de que esa relación sea simple exteriorización ó ejercicio de un derecho por el que lo tiene, ó ejercicio del contenido de un derecho sin el derecho que se aparenta ejercer, podemos ver *al mismo dueño* que tiene y disfruta las cosas que le pertenecen, *al poseedor* que sin ser dueño tiene la intención de conducirse como tal y como dueño es considerado por cuantos presencian la relación de la persona con la cosa, y *al ladrón*, bandolero y usurpador que, á pesar de su intención, y á pesar de ser poseedores civiles, según el Código, ni pueden ni deben nunca llegar á ser dueños.

Quizás sea censurable esta extrema elasticidad que lleva consigo la palabra intención. Expresamente, el Código no separa los tres grupos de poseedores señalados como comprendidos en la posesión civil; pero de hecho quedan separados por los distintos efectos que su posesión produce. El dueño verdadero, si ostenta el derecho de poseer, tiene sobre la cosa ó el derecho que le corresponden, la suma de facultades que constituyen el dominio, y no necesita más: véase el párrafo segundo del art. 349, que expresamente alude á sus derechos como poseedor. El poseedor que ocupa ó adquiere violentamente posesión contraria al derecho porque supone una violación del mismo, no disfruta beneficio alguno, no adquiere verdadera posesión, cualquiera que sea su voluntad, intención ó propósito; no es excluído en el art. 430; pero no le reconocen derecho los artículos 441 y 1596 que completan la idea del legislador. Otro tanto puede decirse de la posesión ejercida clandestinamente y de la que consiste en actos meramente tolerados, según se desprende de los artículos 444, 1941 y 1942. Queda, pues, únicamente el poseedor que, sin ser dueño, posee en concepto de tal, y á ese poseedor, tenga buena ó mala fe, se refieren los arts. 432, 447 y 1941 y esa posesión suponen también los 1955 y 1959. Intención de haber las cosas como suyas tiene, por lo tanto, el dueño, pero no la necesita para adquirir un derecho que es exclusivamente suyo. Intención de poseer tiene el ladrón é intención de hacerse dueño, pero no le sirve para adquirir el dominio, salvo casos excepcionalísimos. *Animus sibi-habendi* tiene, por último, el poseedor que sin ser dueño, ejerce para sí mismo una posesión no

violenta ni clandestina, ni meramente tolerada, y ese adquiere ó puede llegar á adquirir el dominio por prescripción.

En resumen: toda retención ó disfrute de cualquier cosa ó derecho es posesión natural. Hay en ésta, intención, propósito de poseer la cosa para sí ó para otro, en uno ó en otro concepto, porque sin ese propósito ó intención no se concibe la posesión. El que toma un objeto para verlo, el que examina una casa, para juzgar si le conviene tomarla en alquiler ó inquilinato, ciertamente tienen el objeto, si ocupan la cosa transitoriamente, pero no tienen intención de poseer en concepto alguno.

Es posesión civil esa misma retención ó disfrute cuando la intención ó el propósito del poseedor es tener la cosa ó el derecho como suyo. No entraremos en distinciones sobre el *animus dominanti, animus domini*, ó *animus sibi-habendi*. El poseedor trata la cosa como lo haría el dueño, su relación semeja una relación de propiedad, exista ó no exista realmente.

Como la posesión civil es solamente un aspecto ó una parte de la posesión natural, podemos admitir, en contraposición á dicha posesión civil, otra posesión, que es lo que queda del todo después de deducida esa parte, posesión que llamaremos también natural ó no civil. En este grupo se encuentra la posesión en nombre de otro, y la posesión en concepto distinto al del dueño, objeto de los artículos 431 y 432; en suma, toda posesión en la que el poseedor no tenga el ánimo ó la intención de haber las cosas ó derechos como suyos, reconociendo derecho preferente en otra persona.

Hay, pues, relación entre los artículos 430, 431 y 432, pero no se confunden, porque la posesión natural comprende toda otra posesión; la posesión civil no comprende la que se ejerce en nombre de otro, y la que se ejerce en concepto distinto al del dueño, pudiendo también ejercerse ésta en nombre propio, y la posesión civil está caracterizada no por tener la cosa ó el derecho por sí mismo ó por otra persona, en nombre propio ó ajeno, ni por tenerla en concepto de dueño, sino por la intención de haber las cosas ó derechos como suyos. El ladrón tiene esta intención casi siempre, pero si es conocido el vicio de la adquisición, no poseerá

en concepto de dueño. La ley sólo puede juzgar por lo que sea conocido y visible.

Diremos, para terminar, que el propietario que dispone de sus vestidos, el censatario que disfrute una finca, el usufructuario que percibe las utilidades de un ganado, el que ocupa un objeto para sí con mala fe, el que tiene una cosa creyendo que le pertenece en virtud de cualquier título, y hasta el ladrón que la roba, son poseedores civiles con arreglo al Código, en cuanto tienen la cosa *ó el derecho* con la intención de haberlos como suyos. El administrador, el tutor, el padre, el marido, etc., que se sirven de las cosas de la persona á quien representan; el depositario que guarda una alhaja, el comodatario que usa un libro ó un caballo, el arrendatario que cultiva una finca, el acreedor pignoraticio que retiene un título, el que disfruta de algo por título precario, etc., son poseedores no civiles. Y todos los casos apuntados y cuantos puedan suponerse constituyen la posesión natural.



Terminado el examen del art. 430 nos restan breves indicaciones críticas. La distinción de la posesión en natural y civil, tal como queda establecida, tiene escasa importancia jurídica. La definición de la posesión en general, con las clasificaciones posteriores de los artículos 431 al 433 hubiera sido más conveniente. El legislador, dudando entre las diversas opiniones de los autores y de los Códigos, que unos admiten la retención ó disfrute como el elemento esencial en la posesión, y otros creen que ese elemento se caracteriza por el *animus sibi-habendi*, ha amalgamado y aceptado ambas ideas, dando á la una el nombre de posesión natural, y á la otra el de posesión civil. Conciliación es esta que nada resuelve. Ni estamos conformes con la distinción, ni echamos para nada de menos el célebre *animus domini* sobre que tanto se ha discutido.

El Código portugués definiendo la posesión «la retención ó el disfrute de cualquier cosa ó derecho», y las distinciones de poder ser en nombre propio ó en nombre ajeno, en concepto de dueño ó de no dueño, de buena y de mala fe, nos parecen ideas más exac-

tas y científicas. Y no se cuente como uno de los méritos del Código el seguir los precedentes patrios: aceptar las palabras de las Partidas, variando esencialmente su significación, ni es seguir los precedentes patrios, ni constituye mérito alguno.

Seabra, refutando ciertas observaciones al proyecto del Código de Portugal, decía defendiendo el art. 474 que es el que define la posesión:

«Nos proponemos tratar en este título de la posesión como medio de adquirir derechos, no de la posesión como signo y resultado de la propiedad que habríamos de tomar en otro caso como punto de partida. Bajo este punto de vista la posesión no sería causa de derechos sino consecuencia de un derecho anterior.»

Era, pues, indispensable tomar la posesión en su primero y característico elemento «el hecho visible de la retención y el disfrute».

»Pero aunque así consideremos á la posesión en su mayor generalidad, no por eso ha de deducirse que la posesión deba producir en todos los casos los mismos derechos y las mismas acciones. Esos derechos varían, por el contrario, según las circunstancias.

»Analicemos. Distinguimos, primero, la posesión en nombre de otro, y la posesión en nombre propio; y después marcamos diferentes derechos según las diversas clases de posesión. Los derechos que son consecuencia de la posesión, sólo corresponden al verdadero poseedor. El que la ejerce en nombre de otro, es un verdadero mandatario ó representante, que sólo puede ejercer los derechos que el mandato ó la ley le confieran...

»Sempronio se apodera de un objeto. ¿Cuál fué su intención? No puede adivinarse; esa intención se revelará por los hechos que la acompañen. La intención es un elemento psicológico que no puede conocerse *a priori*. No se ve más que la simple detención. Esta detención, si se refiere á cosas que no estaban en el patrimonio de nadie, se llama *ocupación;* si se refiere á cosas que estaban ya ocupadas ó en el patrimonio particular, se llama propiamente *posesión*.

. . . .

»Se ve, pues, que el simple hecho de la posesión reviste diverso carácter jurídico, según las circunstancías de que vaya acompañado, y que no pueden comprenderse en modo alguno en el hecho primordial, ni abrazarse en la definición todos los aspectos: 1.°, la ocupación; 2.°, el mantenimiento antes del año contra peor posesión; 3.°, el mantenimiento después del año contra cualquier otra posesión; 4.°, la apropiación de los frutos percibidos de buena fe; 5.°, la prescrípción teniendo título y buena fe. Estos dos últimos efectos no tienen nada que ver con la cuestión de la posesión en sí misma.

»Ahora, en cuanto á los que poseen en nombre de otro, es bien claro que no tienen posesión alguna, y sólo en nombre de otro podrán ejercer los derechos que emanan de la posesión.

»Pero se dirá, el depositario, el comodatario, el colono, ¿podrán usar en su propio nombre los medios posesorios? Es evidente que no, porque no poseen en propio nombre. Sólo era preciso proveer á los perjuicios que pudiera ocasionar la demora en el ejercicio de las acciones al verdadero poseedor, y á eso se ha atendido en los respectivos títulos.

»Y es preciso no perder de vista una distinción indispensable. El colono, el arrendatario, no tiene sin duda la posesión de la misma cosa; pero tiene la posesión del derecho que adquirió por su arrendamiento, y no cabe duda de que posee en nombre propio el usufructo; y en su consecuencia puede en éste punto usar de los remedios posesorios, tanto contra terceros, como contra aquéllos de quienes hubo su derecho.

»Ahora preguntaremos: ¿Para qué son precisas en la definición las palabras *animo sibi-habendi?* Ese ánimo resultará ó se apreciará cuando sea preciso por los hechos; hasta entonces es indiferente: otra cosa sólo puede servir para motivar disputas» (1).

Bajo el punto de vista en que se inspiran los párrafos transcritos, las observaciones de Seabra son muy acertadas. Nuestro Código ha seguido distinto criterio que el de Portugal y tiene dis-

(1) Código civil portuguez, annotado por José Díaz Ferreira.

culpa; pero reconozcamos que el factor único de la intención no especifica bien una relación jurídica; hace falta algo más, hechos que hagan esa intención visible y formen la opinión ó el concepto, palabra que explicaremos al comentar el art. 432. El ánimo con el concepto ya constituye una fuente importante de derechos derivados de la posesión. Esta es sin duda la causa de que el Código, después de caracterizar la posesión civil por la sola intención de haber las cosas ó derechos como suyos, no vuelva á acordarse más de esa intención ni aluda á ese requisito en ningún otro artículo.

Otro defecto encontramos en el Código que es común con los de otras naciones. Todos dan por supuesto que sólo se trata de la posesión, separada del derecho cuyo ejercicio se aparenta, pero no lo expresan de modo que aleje toda duda en forma categórica y terminante. Tal vez no les falte razón; porque la separación entre el derecho de poseer en el propietario de una cosa ó de un derecho, y el hecho ó el derecho de posesión, ha de darse por supuesta como irremediable y puede decirse que queda establecida por sí misma. Pero ello es lo cierto que la relación de propiedad con las cosas ó con los derechos, no el dominio en sí mismo, sino en su ejercicio, entra de lleno en el art. 430 como una forma de posesión natural y aun de posesión civil; y al no eliminarse en ninguno de los artículos del tít. 5.º, claro es que continúa esa forma dentro del concepto de posesión y que es reglamentada por las disposiciones á esta referentes; pero es el caso que la mayor parte de estas disposiciones, ya relativas á la buena ó mala fe, ya á la percepción de frutos, ya á la prescripción, etc., son incompatibles con ese supuesto. ¿Qué trabajo hubiera costado definir desde luego la posesión como derecho de simple ejercicio separado del que debía serle fundamental? (1). No tocar siquiera al verdadero objeto de la posesión en este sentido, cuando, después de todo, ese es el verdadero objeto de todo el título, no puede menos de constituir una grave falta que ni aun ha echado de ver el legislador mismo, por más que

(1) Como dicen Seabra y Andrés de Blas, la posesión recae sobre cosas ó derechos que ya tienen dueño.

la verdad sea tan evidente que haya de aceptarse á pesar del silencio ó falta de precisión de la ley. Las disposiciones que dentro del título pueden aplicarse al propietario, están repetidas en su lugar oportuno, como puede verse en el art. 349.

ARTÍCULO 431

La posesión se ejerce en las cosas ó en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, ó por otra en su nombre.

INTELIGENCIA DEL ART. 431

Sigue el Código marcando distintas especies de posesión, ó expresando distinta manera de poseer.

Esta nueva distinción del art. 431, ¿se refiere á la posesión natural, ó á la civil? Claramente se percibe que toda clase de posesión entra en el espíritu del artículo, y por tanto que éste es aplicable á la posesión en general.

Dice el art. 431, que la posesión se *ejerce* en las cosas ó en los derechos de uno de dos modos; y no falta comentarista que combate el Código por hablar del ejercicio de la posesión antes que de su adquisición.

Si, en efecto, el Código tratase de la capacidad para ejercer la posesión sin haberse ocupado de las personas que pueden adquirirla, existiría defecto en la exposición de la materia; pero no es así. El art. 431 usa la palabra «ejercer», como los 430 y 432 la palabra «tener», y así como nadie critica al Código por emplear la frase tenencia, que supone una posesión ya adquirida, antes de hablar de esta adquisición, á nadie debe extrañarle tampoco el empleo en idénticas circunstancias de la palabra ejercer. El Código estudia especies de posesión, formas ó modos distintos en que se muestra la relación posesoria, y por eso dice que se tiene ó ejerce por la misma persona que los disfruta ó por otra en su nombre, y que se ejerce ó tiene en el concepto de dueño ó en el de tenedor. Véase, como prueba de lo que afirmamos, el art. 2228 del Código de Napoleón.

Una cuestión puede suscitar el art. 431. ¿Comprende solamente entre los que poseen en nombre de otro á los representantes legales, y á los administradores, apoderados ó mandatarios voluntarios, ó abarca también en ese grupo al comodatario, depositario, arrendatario, etc.? Q. Mucius prescinde de este último grupo, tal vez por creer que á él se refiere con más precisión el art. 432. Sánchez Román incluye entre los poseedores *alieno nomine* al usufrutuario, arrendatario, etc. Navarro Amandi confunde en una sola explicación los artículos 431 y 432, sin que pueda deducirse su pensamiento. La cuestión carece de importancia práctica, pero la tratamos como pretexto para estudiar y profundizar bien el alcance del art. 431.

Para resolver dicha cuestión preciso es entender el artículo, y al tratar de deducir de él la verdadera doctrina, echamos de ver el defecto de su expresión.

Descompongamos sino el art. 431. La posesión se ejerce en las cosas ó en los derechos: 1.º Por la misma persona *que los tiene y los disfruta.* 2.º Por otra *en su nombre.* ¿En nombre de quién? En nombre de la primera, en nombre de la persona que los tiene y los disfruta; esto dice literalmente entendido el artículo. La posesión se ejerce en las cosas y en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, ó por otra en nombre de la que los tiene y disfruta. Pero, ¿es esto posible? ¿Qué posesión es esa que se ejerce por una persona teniendo las cosas ó disfrutando los derechos otra persona distinta en cuyo nombre aquélla ejerce? ¿Qué ejercicio es ese separado de la tenencia y del disfrute ó sin disfrute ni tenencia alguna? Aquí está el verdadero defecto del art. 431 y la verdadera diferencia entre lo que éste dice y lo que expresa el art. 2228 del Código de Napaleón, del cual aparece tomada la idea.

Dice el Código de Napoleón: «Posesión es la ocupación ó disfrute de una cosa ó de un derecho que *tenemos ó ejercemos* por nosotros mismos ó por otro que la tiene ó la ejerce en nuestro nombre. *(«Que nous tenons ou que nous exençons par nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en nôtre nom».)*

Si al traducir el artículo del Código francés queremos genera-

lizar y sustituir las palabras «nosotros y nuestros» por un poseedor cualquiera, tendremos como traducción de algún comentarista, «ocupación ó disfrute de una cosa ó de un derecho que *se* tiene ó ejerce por *uno mismo*, ó por otro que la tiene ó ejerce en *su* nombre». Esto ya varía algo; pero si aun se quita la repetición del *tiene* y *ejerce* en la segunda parte por darse esa idea como supuesta, nos resultará el art. 431 de nuestro Código, como una parte, y esa mutilada, del 2228 del Código de Napoleón y con su imperfecta y oscura redacción.

El Código portugués, art. 481, dice: «La posesión puede ser adquirida y ejercida tanto en propio nombre como en nombre de otro.»

Mediante el examen del art. 2228 del Código de Napoleón y el contenido del 481 del Código portugués, sabemos lo que quiere decir el 431 de nuestro Código, aunque entendido literalmente diga otra cosa. Se trata de una regla admitida como indudable desde muy antiguo y de no escasa importancia en la materia que examinamos.

Véanse las leyes de Partida sobre este punto:

Ley 12, tít. 30, Partida 3.ª... «E non tan solamente se entiende que es ome tenedor de la cosa por sí mismo después que es apoderado, mas aun lo es por su personero, ó por su labrador, ó por su amigo, ó por su huésped, ó por su fijo, ó por su siervo, ó por cualquier destos que la tengan é vsen della en su nombre.»

Las leyes 3.ª y 4.ª del mismo título y Partida, hacen relación á la misma materia bajo el punto de vista de la adquisición de la posesión por representantes legítimos, y serán examinadas en otro lugar.

La ley 5.ª dice: «Labradores ó yugueros ó los que tienen arrendadas ó alogadas cosas ajenas, como quier que ellos sean apoderados de la tenencia dellas; pero la verdadera posesión es de aquellos, en cuyo nombre tienen el heredamiento...»

Del examen de estas leyes se deduce que la posesión por otro lo mismo la tienen los representantes legítimos que los mandatarios voluntarios, y los que en virtud de algún acto ó contrato civil

tienen ó disfrutan las cosas ó derechos. Pero profundicemos más en la cuestión.

El art. 431 supone una distinción previa, aun dentro de la posesión, entre el hecho de poseer y el derecho á ello, entre la posesión material y la posesión inmaterial, digámoslo así, ejercida solamente con la voluntad ó existente únicamente como derecho ó facultad. Cuando aquel á quien corresponde de derecho la posesión tiene ó disfruta las cosas, se dice que las posee por sí mismo, Cuando el hecho y el derecho se hallan separados, el que tiene de hecho la posesión se dice que posee en nombre de otro.

Ahora bien; cada derecho requiere una posesión especial, teniendo en cuenta que la posesión, en su aspecto más frecuente, unas veces significa una propiedad presunta, y otras veces un derecho real presunto, y de aquí nuevas y necesarias distinciones. En el usufructo, si atendemos al dominio de la cosa usufructuada, el usufructuario posee en nombre del dueño; si atendemos al derecho real de usufructo, el usufructuario lo posee en nombre propio, y si por ser demente ó menor, ó por tener un administrador ó un apoderado, la posesión de hecho del derecho de usufructo se ejerce por un tutor ó por un representante voluntario, éstos poseerán el derecho de usufructo en nombre ajeno. Encontraremos una distinción análoga respecto al arrendatario, al usuario, al acreedor pignoraticio, al depositario, al anticresista, etc.; en suma, respecto á todos «los que posean en virtud de concesión que les atribuya cualquier acto civil ó contrato por el que se otorgue implícitamente, como dice un célebre comentarista, además de la representación de la posesión del concedente, otra posesión especial y propia, aunque subordinada y de fines transitorios».

Existe, pues, en todos los casos expresados una doble distinción. La relación de unos derechos con otros cuando recaen sobre una misma cosa, hace, por lo tanto, posible, que una misma persona posea en nombre propio bajo un concepto, y en nombre ajeno bajo otro concepto distinto. Pero aun concretándonos á un derecho especial, el dominio, el usufructo, la servidumbre, el censo, etc.

y haciendo así desaparecer ese dualismo y la consiguiente confusión, aun queda ó cabe la posibilidad de esa doble manera de poseer, ya por exigencia de la ley y por motivos necesarios cuando la persona en quien reside el derecho ó la posesión del dominio, del usufructo, del censo, etc., carece de corporalidad ó de intención consciente, ya por la voluntad del sujeto del derecho, cuando por cualquier otro motivo no puede poseer por sí mismo, y delega en otra persona su representación.

Sentado cuanto precede, facil será llegar á la verdadera inteligencia del art. 431. Para saber si una persona posee por sí mismo ó en nombre de otro, es preciso ante todo averiguar bajo qué aspecto se presenta la cuestión, ó lo que es igual, respecto á qué derecho se trata de hacer esa distinción. Y no cabe duda de que habremos de referirnos al dominio ó á otro derecho especial y distinto. Como los que disfrutan posesión especial por concesión atribuída por algún contrato ó acto civil, tienen un derecho á ello que les es propio, en rigor no puede decirse que poseen en nombre de otro. La confusión solamente nace por el uso de la palabra cosas. De aquí deducimos:

1.° Que el art. 431 estaría más claro si dijese: «La posesión, respecto á cada derecho, puede ejercerse en nombre propio ó en nombre de otro.»

2.° Que hecha esa previa distinción ó concretada así la cuestión, el art. 431 se ha de contraer, en cuanto á la posesión en nombre de otro, á la de los representantes legítimos y á la de los mandatarios, y así se comprueba el evidente enlace que existe entre este artículo y el 439. La posesión por un tercero, sin mandato alguno, exige la ratificación por la persona en cuyo nombre se ejerce, y equivale, por lo tanto, á la de los mandatarios. Después de todo, en el mismo sentido se expresan las leyes 12, 3.ª y 4.ª del tít. 30 de la Partida 3.ª

Seabra y Ferreira, por otra parte, entienden también que los que poseen en nombre ajeno son propiamente mandatarios legales ó voluntarios, que no tienen más derechos que los que la ley ó el mandato les confieran, y el usufructuario, censatario, deposita-

rio, etc., son algo más que simples mandatarios y disfrutan derechos propios.

Se podrá objetar que la cuestión no resulta tan clara, tratándola bajo un aspecto verdaderamente práctico. A., dueño de una finca, cede su usufructo á B., quien por tener que ausentarse encarga á C. la administración de todos sus bienes, y entre ellos la de la finca usufructuada. ¿Quién posee en nombre propio y quién en nombre ajeno? La previa distinción del derecho de que se trate aleja la cuestión, pero no la resuelve, ó la resuelve mal. Respecto al usufructo, perfectamente posee C. en nombre de B.; pero respecto al dominio, ¿quién lo posee? Porque su posesión, en nombre propio ó en nombre de otro, en alguna parte ha de estar. A. no posee ese derecho, que es, en suma, la posesión de la cosa; luego ha de deducirse, que así como si no existiera mandatario ó administrador, B., como usufructuario, poseería *la cosa* en nombre de A.; en el caso expuesto, esa posesión reside de hecho en C.

En esta objeción, sin embargo, sólo existe en último término una confusión. Cuando del dominio se desmembra alguno de los derechos que le integran, deja de haber verdadero dominio, ó lo que es igual, éste sólo se constituye mediante la agregación de los derechos desmembrados y los que quedaron en el que fué dueño y limitó ó mermó su dominio. En el caso expuesto, A. cedió el derecho de usufructo sobre su finca, ¿continúa siendo dueño? No; queda convertido en mero propietario; cedió el derecho de disfrutar, conserva el derecho de disponer. ¿Quién posee el usufructo ó derecho de disfrutar la finca? C., en nombre de B. ¿Quién posee la mera propiedad ó derecho de disponer? A. en nombre propio, y si fuese menor de edad, su padre ó su tutor en nombre ajeno. ¿Quién posee el dominio ó los derechos de disponer y gozar? Unidos, nadie; separados, A. en nombre propio y C. en nombre de B. ¿Y quién posee la cosa? La cosa no es un derecho, aunque todos los derechos recaigan sobre ella. Si por la cosa se entiende la suma de todos los derechos sobre ella, se tratará del dominio y á ese derecho precisamente nos hemos referido. Si se entiende algún derecho especial, búsquese la posesión del derecho, no la posesión de la cosa.

Lo mismo puede decirse en todos los casos análogos. Si un depositario conserva ó retiene la cosa, de ese derecho de retención no disfruta el propietario. Si un censatario goza una finca y dispone de ella, el censualista conserva, por lo menos, el derecho al percibo de una pensión. Si se trata de un arrendamiento, el arrendador puede disponer de la cosa arrendada y percibe la renta. La servidumbre de paso da á un tercero un derecho, que significa para el dueño del predio sirviente la privación de otro que sin la servidumbre tendría: el derecho de exclusión general respecto al paso por su finca. Todo nace de mezclar las cosas con los derechos, y de tomar la palabra cosa como sinónima de la de dominio, confusión esta última difícil de extirpar.

Por lo demás, ya queda dicho que hemos tratado la cuestión sólo con el propósito de ahondar en el contenido del art. 431. Este, al hablar de cosas, debe referirse al dominio sobre ellas, y al hablar de derechos, á todos los demás derechos susceptibles de posesión sean ó no reales. De otro modo, si la tenencia de la cosa no significase el disfrute aparente de ningún derecho, vendríamos á parar á un absurdo, el de suponer que una persona podría tener la posesión del dominio de la cosa, y otra distinta la posesión de la cosa, ó habría que creer que el tenedor de ésta era siempre dueño, real, ó aparente, de la misma.

¿La palabra cosa puede ser independiente de la palabra derechos? Creemos que no; el que tiene una cosa la posee como signo de algún derecho, verdadero ó falso, como dueño, como arrendatario, como depositario, como administrador, etc.; pero en abstracto, poseerla sin carácter alguno jurídico, sin que la tenencia quiera significar ó aparentar el ejercicio, por sí ó por otro, de algún derecho, no lo concebimos. ¿La palabra cosas revela todos los derechos posibles sobre ellas? Creemos que no, porque esto equivaldría á hablar dos veces de esos derechos sin necesidad alguna, y si por tenencia de las cosas se entendiese toda tenencia de ellas bajo cualquier concepto, inútil sería hablar de los derechos ó del disfrute de los derechos sobre las mismas. Al decir, la cosa la tiene B. en nombre propio, nada se dice si no se expresa el concepto ó el derecho

de que se habla, como al decir que la tiene B. como arrendatario, ya se trata de un derecho especial que naturalmente exista en realidad ó sólo en apariencia, supone la posesión ó el disfrute de la cosa. Para nosotros, cosa en el art. 431, equivale á la suma de derechos sobre ella, ó sea al dominio, como en el art. 1875, bienes inmuebles y derechos reales significa dominio ó cualquier otro derecho real. Desde el momento en que se separan las cosas y los derechos, y á unos y á otros se les considera susceptibles de posesión, se admiten dos objetos de tenencia, y esto propiamente no es verdad, porque al hablar de derechos ya se incluyen todas las formas posibles de posesión sobre las cosas. Hay, pues, que confesar que el Código se expresa con poca propiedad en este punto; pero que la solución más conforme con la verdadera doctrina jurídica es la que queda apuntada.

Créase, por lo tanto, si así se quiere, que el depositario, el usufructuario, el usuario, el acreedor pignoraticio, etc., poseen la cosa en nombre ajeno, aunque posean un derecho especial en nombre propio; en ello no hay inconveniente. Nosotros, por las razones expuestas, nos contraeremos en este lugar á la posesión por si mismo, ó por medio de representantes legítimos ó voluntarios, exponiendo breves indicaciones sobre las maneras de poseer á que el art. 431 se refiere.

APLICACIONES DEL ART. 431.

I. *Posesión por sí mismo, ó en nombre propio.*—Esta posesión requiere en el sujeto: 1.°, aptitud; 2.°, posibilidad. Cualquiera que sea la causa de la falta de aptitud ó de posibilidad, impide su ejercicio.

1.° Aptitud. Se descompone en dos elementos.

El primer requisito para que el sujeto pueda ejercer la posesión es la corporalidad, la personalidad natural, la existencia física de ese sujeto, y ésto es lógico, porque toda posesión implica tenencia, ocupación ó aprehensión, siquiera estos actos físicos no se ejerciten de un modo constante, y se supongan sólo como posibles siempre, y como efectivos ó realizados en determinados casos, se-

gún la clase de la cosa ó la naturaleza del derecho que se posea. Donde falta esa existencia física en la personalidad del poseedor, la posesión en nombre propio no es posible.

Se requiere igualmente en ese sujeto la intención, la voluntad consciente de poseer, porque sin esa intención ó ese propósito no se concibe el ejercicio por sí mismo de la posesión, dado que éste supone capacidad para realizar una série de actos, y esa capacidad no existe cuando falta la voluntad y el conocimiento.

2.º Posibilidad.—Aun reuniéndose esos dos requisitos, hay otras causas que imposibilitan el ejercicio de la posesión en nombre propio. Tales son, la privación de su ejercicio en vírtud de ley ó sentencia, la ausencia voluntaria ó forzosa, la aglomeración de asuntos ú ocupaciones, etc.

La posesión en común de una cosa ó de un derecho, ó coposesión, puede ejercerse en nombre propio por todos los coposeedores, en cuanto á ninguno de ellos falte alguno de los elementos apuntados en primero y segundo lugar, y no exista imposibilidad de las expresadas en tercer término. Sin embargo, aún por mútuo convenio, puede poseer uno sólo en su nombre y en el de todos los demás partícipes. Véase el art. 398 del Código. En tal caso, respecto á los demás, poseera en nombre ajeno, y por eso el art. 1933 dice que la prescripción ganada por un copropietario (léase co-poseedor) aprovecha á los demás, porque la parte de éstos no la posee en nombre propio, requisito indispensable para que prescribiese todo para sí.

II. *Posesión por otro ó en nombre ajeno.*—De lo expuesto anteriormente se deducen las fuentes de esta especie de posesión. Unas veces es voluntaria ó convencional, y otras es necesaria ó forzosa.

A. *Voluntaria.*—La posesión en nombre de otro, voluntaria ó convencional, obedece en ciertas circunstancias á la necesidad, como en caso de enfermedad, privación de libertad, destierro, profesión religiosa, ausencia forzosa, etc., y otras á la conveniencia motivada por múltiples ocupaciones, ausencia voluntaria, etc.; en suma, casi siempre á una imposibilidad relativa, lo cual no quita

para que, aun sin mediar tales circunstancias, una persona encargue á otra el cuidado de algunos de sus bienes, y con ello el ejercicio por él de la posesión. Caracterízase este grupo por la capacidad en el poseedor de derecho para ejercer la posesión por sí mismo, y la voluntaria delegación de ese ejercicio en otra persona. Esta persona á su vez ha de aceptar el encargo y tener capacidad para realizarlo, pues si no pudiera ejercer por sí mismo la posesión, tampoco podría ejercerla por otro.

En este grupo se hallan los apoderados, administradores voluntarios y mandatarios en general. Un tercero cualquiera puede también ejercer en nombre ajeno la posesión; pero, como dijimos antes, se necesita la ratificación, que equivale á un mandato expreso del poseedor de derecho.

Por lo demás, lo mismo puede ser mandante una persona que varias proindiviso, é igualmente las personas físicas que las jurídicas, si bien éstas por medio de sus representantes. En las compañías mercantiles colectivas, donde todos los que las componen son administradores de derecho (art. 129 del Código de Comercio), puede hacerse al efecto delegación en cualquiera de los socios.

B. *Necesaria.*—La posesión necesaria en nombre de otro, nace, ya por la falta de aptitud esencial para ser sujeto de la relación posesoria de hecho, ya por disposición de la ley que directa ó indirectamente priva á ciertas personas de su ejercicio. En este segundo grupo de posesión necesaria por un tercero ó en nombre ajeno, unas veces basta la existencia de un hecho para la privación por la ley del ejercicio de la posesión á determinadas personas, otras ha de justificarse ó probarse la existencia de ese hecho, que lleva consigo tal resultado, exigiéndose una declaración judicial, y otras, por último, esta declaración es consecuencia del hecho. En suma, el mandato legal, consecuencia de un hecho que por sí mismo produce ese efecto; el mandato legal como consecuencia de un hecho probado y declarado judicialmente: ó el mandato judicial confiriendo á un administrador el ejercicio de la posesión.

Primer grupo.—Por falta de aptitud esencial no puede ejercer

por sí mismo el sujeto la posesión, cuando carece de existencia física, ó cuando carece de intención ó voluntad.

a) Se hallan en el primer caso las *personas concebidas y no nacidas* á quienes pueden corresponder bienes que es claro que no han de poseer por sí mismas. Véanse los arts. 965 al 967 del Código civil.

Lo mismo puede decirse de las *personas jurídicas*, formadas ó no por la agregación de individualidades físicas. En este caso el poseedor de derecho es la persona jurídica caracterizada por su fin peculiar, persona que carece de corporalidad para poseer de hecho, por cuyo motivo el ejercicio de la posesión, como el de todos los derechos inherentes á esa persona ha de corresponder forzosamente á sus representantes legítimos. Divide el Código, como sabemos, las personas jurídicas en públicas y privadas, las primeras en corporaciones, asociaciones, y fundaciones, y las segundas en civiles, mercantiles é industriales, y á todas es aplicable el mismo principio. La Iglesia, el Municipio, la Universidad, los Establecimientos de Beneficencia é instrucción, etc., son personas jurídicas.

Pero también existen algunas ficciones de derecho, como la *herencia yacente*, que con mayor motivo exige representantes para el ejercicio de la posesión, ficción no comprendida en el art. 35 y siguientes del Código, pero á la cual se ha dado siempre el carácter de persona jurídica. Véanse también los artículos 801 al 804, 1020, 1026 y 1934 del mismo Código.

En este grupo puede incluirse muy bien el ejercicio de la posesión por el marido en nombre de la sociedad de gananciales ó sociedad conyugal.

b) Carecen de aptitud esencial para el ejercicio de la posesión por falta de intención, ó más claro, por falta de discernimiento, los *menores* de edad no emancipados, los *locos* ó dementes, y los *sordo-mudos* que no sepan leer ni escribir.

Por los menores de veintitrés años sujetos á la patria potestad, ejercen la posesión sus padres.

Por los menores de veintitrés años sujetos á tutela, ejercen la posesión los tutores encargados de la administración de sus bienes.

En caso de incapacidad del tutor ó de remoción del cargo, ó hasta tanto que se constituya la fianza, con arreglo á los artículos 243 y 256 del Código, corresponde la representación de los menores al consejo de familia por sí ó por medio del protutor. Véase también el art. 210 para el caso en que existiendo dos tutores, uno sólo de ellos deba encargarse de la administración de los bienes.

Los menores de edad, emancipados por el matrimonio ó por concesión de sus padres, pueden ejercer por sí mismos la posesión ó delegar en otras personas que los representen.

Por los locos ó dementes y los sordo-mudos que no sepan leer ni escribir, ejercen la posesión sus representantes legítimos, tutor, protutor ó consejo de familia, con arreglo á los casos antes expuestos.

Segundo grupo.—Por disposición directa ó indirecta de la ley.

a) Por disposición de la ley á consecuencia de un hecho que por sí mismo produce la posesión necesaria por otro, existen algunos casos. El matrimonio celebrado bajo el régimen de la sociedad de gananciales ofrece el caso más notable. La sola existencia del matrimonio, sea que los cónyuges hayan aceptado ese régimen en las capitulaciones matrimoniales, sea que no celebrasen contrato alguno sobre los bienes (art. 1315 del Código civil), hace que se constituya una sociedad legal, cuyo representante legítimo en circunstancias normales es el marido, según disposición de la ley. No es que la mujer carezca de personalidad natural ni de discernimiento, es que en la necesidad de que alguien lleve la dirección de la nueva sociedad formada, la ley atribuye esa facultad al marido.

Al sostenimiento de esa sociedad ó al levantamiento de las cargas de la misma, contribuyen los frutos, rentas é intereses percibidos ó devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes ó de los peculiares de cada uno de los cónyuges (art. 1401). Aunque no comprendida en el art. 35 del Código, podría decirse que en rigor se constituye una nueva personalidad moral ó jurídica formada por la agregación de personas físicas, pero con existencia en cierto modo independiente de las mismas,

y que por tal razón esa persona jurídica carece de corporalidad para el ejercicio de la posesión, residiendo éste en su representante legítimo, que en algunos casos no es el marido. Considerando que todos los frutos, rentas é intereses y los bienes comunes no son del marido, ni de la mujer, ni de los hijos, sino de esa sociedad que se constituye por el matrimonio, no cabe duda de que la verdadera razón aquí de la posesión *alieno nomine* es la últimamente apuntada.

Si atendemos, no á los frutos, sino á los bienes, según su clase y procedencia, apuntaremos como hecho indudable que los bienes dotales estimados los posee, por regla general, el marido en nombre propio; los bienes parafernales, cuya administración no ha sido conferida al marido, los posee en nombre propio la mujer (art. 1384), y todos los demás bienes se poseen en nombre de la sociedad por su representante legítimo.

En caso de separación de los bienes del matrimonio, cada uno de los cónyuges posee en nombre propio los que les correspondan, á menos de no delegar voluntariamente en otro su representación.

Otros casos que pueden comprenderse en este grupo son aquellos á que se refieren los artículos 494, 801 á 804, 965 á 967, 1020 y 1026 del Código civil, cuando no sea necesaria la intervención judicial.

b) El mandato legal ó la disposición de la ley como consecuencia de un hecho probado y declarado judicialmente, presenta también varios casos de posesión necesaria en nombre de otro.

Así, obtenida la declaración de *ausencia*, conforme á los artículos 184 y 185 del Código, la administración de los bienes del ausente, y, por tanto, el ejercicio de la posesión se conferirá á las personas designadas por la ley para el caso en el art. 220. Véanse los artículos 187 al 190.

Impuesta la pena de *interdicción civil*, la administración de los bienes del penado pasa á las mismas personas señaladas en el artículo 220, á instancia del Ministerio fiscal, del cónyuge, ó de los herederos abintestato del penado (artículos 228 al 230).

Hecha la declaracion de *prodigalidad* en juicio contradictorio, si

la sentencia priva al pródigo del ejercicio de la posesión, ésta corresponderá de hecho al tutor que se le nombre con arreglo á los artículos 221 al 227.

Véase también el último párrafo del art. 1441 sobre administración de los bienes del matrimonio por la mujer, cuando el marido estuviere prófugo ó fuese declarado rebelde en causa criminal.

c) Por último, el mandato judicial puede conferir á un administrador el ejercicio de la posesión en el caso del art. 398 del Código civil, cuando los coposeedores de una cosa común no pudieran ponerse de acuerdo ó adoptaren por mayoría una decisión gravemente perjudicial acerca de la administración; en el caso del art. 494, cuando el mero propietario lo exija por no prestar fianza el usufructuario; en el caso del art. 803, cuando instituído un heredero bajo condición suspensiva y existiendo otros coherederos, ni aquél ni éstos presten fianza para la administración de los bienes dejados con tal condición; en el caso del art. 1020, cuando el Juez provea á la administración de los bienes de una herencia durante la formación del inventario y hasta la aceptación, ó bien hasta que resulten pagados ó conformes los acreedores y legatarios (artículos 1026 y siguientes). Además pueden incluirse en este grupo: la administración de los bienes del concurso (artículos 1914 del Código y 1228 al 1248 de la ley de Enjuiciamiento civil); la de los de un abintestato ó testamentaría (artículos 1005 á 1035 y 1096 á 1100 de dicha ley); de quiebras (1350 al 1365); de frutos, rentas ó bienes embargados, etc.

ARTÍCULO 432

La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: ó en el de dueño, ó en el de tenedor de la cosa ó derecho para conservarlos ó disfrutarlos, perteneciendo el dominio á otra persona.

Sustituye aquí el Código á la palabra cosas la de bienes, hablando de bienes y de derechos, sin notar que en el art. 334 in-

cluye en el concepto de bienes muchos derechos, y sin penetrarse bien de que en la posesión de los derechos va incluída la posesión de los bienes.

Confirma este artículo una vez más que para el Código la palabra derechos, como las palabras cosas ó bienes, sólo se emplean como objeto de posesión. Descompuesto el art. 432, dice: «La posesión en los bienes puede tenerse en uno de dos conceptos; la posesión en los derechos puede tenerse también en los mismos conceptos.» Luego si un derecho cualquiera, por ejemplo, el usufructo, puede tenerse en concepto de dueño, claro es que la ley califica de dueño al usufructuario respecto á su derecho de usufructo, considerando á éste como objeto de posesión.

Las *cosas* se poseen en concepto de dueño ó en concepto de no dueño; esto quiere decir el artículo. Aquí el que posee en concepto de dueño, puede ser el mismo dueño ó el que aparente serlo. El usufructuario, el depositario, el acreedor pignoraticio, etc., poseen, respecto á las cosas, en concepto de no dueños. El que ejerce una tenencia precaria, tampoco posee en concepto de dueño.

Los *derechos* se poseen en concepto de dueño ó en concepto distinto. Aquí el usufructuario posee en concepto de dueño su derecho real ó presunto; el arrendatario del derecho de usufructo posee este derecho en concepto de no dueño. A su vez, este arrendatario posee como dueño el derecho de arrendamiento, y el subarrendatario en concepto de no dueño, etc. La esfera de acción de este segundo grupo de objetos de posesión es naturalmente más reducida, porque cada vez se hace más difícil la sucesiva modificación en los derechos, y es por lo mismo más rara.

En cuanto al tutor, al padre, al administrador, etc., de que nos hemos ocupado en el art. 431, propiamente no poseen en concepto de dueños ni en concepto de no dueños; poseen sencillamente en nombre de otro; son meros mandatarios, voluntarios ó legales.

Puede, por lo tanto, una persona poseer una cosa en concepto distinto al de dueño, y poseer un derecho sobre la misma cosa en concepto de dueño; circunstancia que obliga á distinguir ó separar el objeto á que la posesión de que se trata haya de contraerse.

Toda esta materia es de importancia en relación á la prescripción.

El sentido del art. 432 resulta claro á primera vista. No así si se pretende investigar el verdadero alcance de las frases que se emplean. Por ejemplo, el que no posee en concepto de dueño, dice el artículo que tiene ó disfruta la cosa ó el derecho, perteneciendo el *dominio* á otra persona. El dominio no es más que uno. Parece que todos los que no sean dueños, todos los que no tengan el derecho fundamental del dominio, poseen en concepto distinto al de dueño; pero entonces hasta el poseedor de buena fe que no sea dueño, aunque crea y aparente serlo, que ejerce de hecho el dominio, aunque no le corresponda de derecho, poseería en concepto de no dueño.

Confesamos que después de la generalidad del art. 430 no nos desagradaría esa distinción que equivaldría á separar el derecho de poseer en el dueño, del derecho de posesión en otra persona cualquiera, derecho éste último de mero ejercicio sin derecho fundamental en que apoyarse; pero no es esa la idea del art. 432, lo cual se prueba fácilmente sin más que leer el art. 447: «Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en *concepto de dueño*, puede servir de título para adquirir el *dominio*». Si la posesión en concepto de dueño es la única que puede servir de título para adquirir el dominio, es claro que el que posee en concepto de dueño no es el dueño mismo, sino uno que aspira ó puede llegar á serlo. El artículo 432, al decir que el dominio pertenece á otra persona, quiere decir que el que posee en concepto de no dueño, reconoce en otra persona un derecho superior que él cree dominio, lo sea ó no lo sea realmente.

Veamos, pues, lo que el Código quiere significar con la palabra *concepto*, única, después de lo expuesto, que merece fijar nuestra atención, no sin hacer notar lo que hemos hecho constar anteriormente, esto es, que para cualquier persona poco versada en el estudio del Derecho, el sentido del artículo sería más claro que para el jurisconsulto mismo, obligado á penetrarse de la idea del legislador, y á conocer toda la extensión de su precepto.

* * *

Concepto, según el Diccionario, es la idea que concibe ó forma el entendimiento. Opinión, juicio que se tiene de alguna cosa. *En concepto de...*, en realidad, en clase de... *En el concepto de...*, en el supuesto, en la creencia, en la inteligencia de tal ó cual cosa.

Como se vé, hay para todos los gustos: opinión, realidad, creencia; según que se adopte uno de estos tres significados, el precepto será distinto.

Un notable comentarista expone su juicio en la forma siguiente:

«En el campo de la filosofía, el concepto como operación primaria del entendimiento, como aprehensión de la idea, como declaración de la existencia de un objeto, precede al juicio, operación fundamental de la razón.

»Pero no es, ciertamente, esta acepción filosófica del concepto la que se expresa en el art. 432. Háblase en este de concepto, en el sentido de juicio ya formado, de un estado de conciencia generado por una dirección resuelta del pensamiento en un determinado sentido. Concepto en el precepto legal que analizamos, vale ó significa tanto como la idea resultante de la apreciación y relación de hechos claramente percibidos y aceptados; concepto, por consiguiente, implica persuasión, convencimiento. De lo que acabamos de exponer se deduce que el articulado objeto de nuestro estudio se refiere á estados internos ó de conciencia, eminentemente subjetivos y personalísimos.

»Dados estos antecedentes, podemos ya formular ésta pregunta: ¿Cuándo entenderemos que un poseedor posee en concepto de dueño?...

....

»Aparentemente, todo poseedor posee para sí y aun se presume que con título de propietario. ¿Pero, por ventura, ésta apariencia implica el concepto de dueño? Creemos que no. La apariencia es un hecho al cual, como reflejo de actos desconocidos, podrá el Derecho reconocerle mayor ó menor eficacia; pero la apariencia no es idea y el concepto lo es. Luego si la noción *concepto de dueño* es

meramente ideológica, ¿cuándo podremos afirmar que un poseedor lo es en tal concepto?

»Según nuestro criterio, cuando tenga la convicción de que la cosa poseída ha pasado á su poder del de su legítimo dueño, por virtud de un justo título.

»Nadie puede en buena lógica adquirir la convicción de que una cosa le pertenece (concepto de dueño) si tiene convicción de que la adquirió de quien la estaba usurpando, ó por un título injusto.

»Un análisis rigorosísimo nos ha llevado á la precedente conclusión.

»Si, esto no obstante, no es el expresado por nosotros el espíritu que guiara en su día al legislador al redactar un artículo que por su espiritualismo y abstracción, publica á veces su superfluidad en el derecho legislado, reconozcamos que el Código emplea con notoria impropiedad, la voz concepto, ó que por lo menos los redactores de dicho cuerpo legal no han sabido expresar con fidelidad sus propios pensamientos».

Apesar de lo rigoroso del análisis, no nos satisface esta solución, porque si hemos de unir opiniones diversas de varios autores, resultará que en el art. 430 *la intención* de poseer la cosa ó el derecho como propios, *equivale á la convicción* de pertenecer realmente una ú otro al tenedor; en el art. 432, el *concepto* de dueño *significa* ese mismo *convencimiento* ó *convicción* en el poseedor; en el art. 433, *la buena fe representa* también la creencia, *la convicción* ó el convencimiento de ser dueños de lo que se posee. En resumen, si así fuese, el legislador padecería una verdadera obsesión ó monomanía; siempre estaríamos ejecutando variaciones sobre el mismo tema, lo cual sería tan ridículo como pesado é innecesario.

Si la intención representa el estado de ánimo del poseedor, su propósito, su voluntad, y la creencia significa el convencimiento fundado en la ignorancia de los vicios de la titulación, el concepto debe ser otra cosa distinta, aunque relacionada, como es natural, con las anteriores. La intención y el convencimiento son grados diversos en el estado de ánimo del poseedor que, ó quiere ser dueño,

ó cree que realmente lo es. El concepto debe ser formado fuera de la voluntad del poseedor, y aparte de la situación especial de ánimo de éste. El que pretende ser dueño, crea ó no que lo es, como dueño se conduce, actos de dueño realiza, y como dueño es considerado ó puede ser considerado por todos los que presencian la relación ó el ejercicio de su derecho. Concepto es opinión, juicio que se forma de alguna cosa; en concepto de dueño equivale á en opinión de dueño; pero no en opinión propia, sino en opinión ajena, en opinión ó juicio formado por los demás. Concepto es idea que forma el entendimiento en virtud de los actos ó de los hechos que presencia ó conoce. Concepto es también creencia, pero no del poseedor, sino de los que no sean él.

Aparentemente, dice el antes aludido comentarista, todo poseedor posee para sí y aun se presume que con título de propietario. No estamos del todo conformes ni nos referimos á una mera apariencia.

En un pueblo, ó en una región, se sabe á quien pertenece cada finca; lo saben los propietarios más próximos, y por ellos los más remotos y cuantos tengan interés en averiguarlo; lo saben los padres, y por ellos los hijos; saben que tal huerta es de tal Marqués, y que Pedro es su arrendador, ó su administrador, ó su guarda; saben que Juan ha vendido á Luis tales terrenos, ó que á la muerte de Antonio, su viuda, ó sus hijos ó sus hermanos, han heredado sus bienes; saben que existe tal pleito y se ha constituído tal depósito ó administración; ven que A. usa el caballo de B.; que por tal dehesa hay una servidumbre de paso; que las aguas de un corral vierten en otro distinto; saben que C. paga cierto cánon al Ayuntamiento ó á un particular; que D. ha hipotecado sus tierras; que G. es prestamista y le son deudores F. y H.; que L. es mulero de S., ó T. mayoral de tal empresa de coches, etc. Esta opinión ó esta creencia pública no nace solamente de una apariencia; nace de lo que se conoce y sabe, además de lo que se vé y observa. Es una creencia bien fundada, aunque puede ser errónea, lo cual nada tiene de extraño, puesto que el mismo poseedor se equivoca. Es un estado de ánimo de los terceros, de la masa general de la sociedad

correspondiente al estado de ánimo del poseedor; es la buena fé, digámoslo así, de todos los que no son el poseedor mismo. Y es claro, los actos jurídicos no se realizan en la sombra; los conocen los que son parte en ellos, pero los conocen también los que no intervienen como partes, los testigos, parientes, amigos, etc.; ignorará el poseedor vicios de su titulación; y con mayor motivo los ignoraran los terceros, aunque á veces alguno de estos sepa más que el poseedor mismo. Así se forma la opinión ó la creencia general y pública, y así puede apreciar cualquiera que no se trata de una mera apariencia, y que no todo el que posee, posee aparentemente en concepto de dueño.

Tal es la inteligencia que damos nosotros á la palabra concepto del art. 432.

El que posee en concepto de no dueño, tiene la cosa para conservarla ó para disfrutarla, pero reconociendo siempre que la relación que el dominio representa, reside real ó aparentemente en otra persona.

Aquí existe base para una nueva distinción, distinción que, después de todo, carece de importancia. El usufructuario tiene la cosa para disfrutarla, el depositario para conservarla; el anticresista la tiene para disfrutarla, el acreedor pignoraticio para conservarla. La cuestión, como se ve, es indiferente.

Por lo demás, el precepto del art. 432 no puede tacharse, como alguien quiere, de supérfluo, no es una de las muchas abstracciones que se incluyen en los Códigos, más bien por rendir tributo á los mandamientos doctrinales, que por imperio de las exigencias positivas; es precisamente la base de toda la doctrina relativa á la adquisición del dominio de las cosas y de los derechos por prescripción, adquisición que si de un lado exige *á veces* en el poseedor la *creencia* de ser propietario, de otro exige *siempre* que la posesión sea *en concepto de dueño,* no atendiendo para ello á un estado especial de ánimo del poseedor, sino á la opinión pública, á la creencia general formada en vista de las circunstancias qne preceden y acompañan á cada posesión. De aquí los preceptos de los arts. 447, 448 y 1941, aplicación solamente del que acabamos de examinar.

ARTÍCULO 433

Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide.

Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario.

Buena fe.—Diferencias entre el art. 433 y el 1950.

Continúa el Código exponiendo especies de posesión, y el artículo que nos ha de ocupar, uno de los más difíciles é importantes de la materia, distingue entre la posesión de buena y de mala fe.

La distinción que el art. 433 establece, tiene marcada importancia en la doctrina relativa á la percepción de frutos por el poseedor, gastos y mejoras, y en la adquisición del dominio por prescripción; pero es indiferente para el ejercicio de las acciones posesorias, pues como dice el artículo 446, *todo* poseedor (sea de mala ó de buena fe) tiene derecho á ser respetado, amparado ó restituído en su posesión.

Y aun bien mirado, el concepto de la buena ó mala fe, que nos da el artículo 433, no es el aplicable especialmente á la prescripción, pues que respecto á ésta hemos de referirnos al art. 1950. Luego en rigor el art. 433 tiene su principal aplicación en la percepción de frutos y demas efectos, comprendidos en los arts. 451 al 458.

La idea de la buena fe ofrece un fondo idéntico en todos los códigos y en todos los autores.

Posesión de buena fe es la que procede de un título cuyos vicios no son conocidos del poseedor (art. 476 del código de Portugal). Lo mismo vienen á expresar el código de Napoleón (art. 550), el italiano (art. 701) y el de Zurich (art. 497), si bien aquéllos sólo se refieren á la posesión en concepto de dueño.

En suma, como dice el Sr. Azcárate, puede decirse que el po-

seedor es de buena fe cuando se cree dueño de la cosa; y de mala, cuando, segun expresa el código de Holanda (art. 588), sabe que es de otro. Idea conforme con la de Laurent; el poseedor no puede creerse propietario, cuando sabe que su antecesor no lo era, y careciendo de tal creencia, le falta la buena fe.

Las Partidas dan un concepto de buena fe que sin duda ha servido de base al art. 1950 de nuestro Código.

Ley 9.ª, título 29, Partida 3.ª— «Por tiempo queriendo ganar algund ome cosa mueble, há menester primeramente, que aya buena fé en tenerla, é que la aya por alguna derecha razón. Assi como por compra, ó por donadío, ó por cambio, ó por otra razon semejante destas. E aun demas desto, que crea, que aquel de quien la ouo por algunas destas razones sobredichas, que era suya, é que auia poder de la enajenar.»

Ley 9.ª, título 33, Partida 7.ª—«A buena fé, dezimos que compra ó gana el ome la cosa, quando creya que el que gela dá, ó gela vende, auia derecho ó poderío de lo fazer; é mala fé, aquel que compró la cosa agena, sabiendo que non es suya de quién la ouo, nin auia poder de la enagenar. Esso mesmo es del heredero, que gana por testamento, ó por otra razón, herencia de otro.»

Véase ahora el art. 1950 de nuestro Código: «La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quién recibió la cosa, era dueño de ella y podia transmitir su dominio.»

Comparando este artículo con el 433, se observa en éste una idea más general y en aquél una tendencia á concretar los verdaderos motivos de la buena fe ó á limitar su significación.

El que en un caso adopte el Código la expresión *ignorancia* de que el título contenga vicio alguno, y en el otro la de *creencia* de que el transmitente tenía derecho sobre la cosa y poder para transmitirla, es indiferente, porque si el poseedor tiene tal creencia, es precisamente por aquella ignorancia; pero no cabe desconocer que las ideas de ambos artículos no se corresponden exactamente, pues el título puede tener otros muchos vicios además de la falta de derecho ó la falta de poder ó capacidad en el transmitente. Lo que hay es que el art. 433 reune en un solo concepto, en materia de

posesión, lo que en materia de prescripción se contiene en dos: buena fe y justo título, objeto de dos artículos distintos, el 1950 y el 1952.

Concretemos bien esta última cuestión. El poseedor adquirió una finca en virtud de un título bastante para transferir el dominío, pero no válido, ignorando sus vicios, vicios no referentes á la capacidad del enajenante ni á la falta en éste de preexistencia del derecho; por ejemplo, se trata de un contrato nulo por su naturaleza ó por sus condiciones; el poseedor ignora ese vicio: ¿será poseedor de buena fe? Indudablemente, según el art. 433. ¿Podrá adquirir el dominio de la finca en prescripción ordinaria? De ningún modo, porque el título no es válido, y debe serlo para ese efecto, según el art. 1953. ¿Qué quiere decir esto? Que la posesión de buena fe, por sí sola, no basta para la adquisición del dominio en prescripción ordinaria, si no va acompañada de los otros requisitos que exige el art. 1940: posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, justo título, verdadero y válido, y tiempo determinado por la ley. Pero quiere decir más aún, porque el art. 1950 prueba que, para el efecto de prescribir, sólo es poseedor de buena fe el que cree que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitirla, de donde se deduce que cualquier otra creencia fundada en la ignorancia de otros vicios de la titulación, no constituye buena fe, ó es por lo menos indiferente en materia de prescripción que la constituya ó no, toda vez que el título debe ser en todo caso válido.

Otra diferencia se nota entre ambos artículos, que prueba también el limitado, aunque más verdadero sentido, en que se define la buena fe en el art. 1950. Supone éste que ha de haber siempre otra persona de quien se reciba la cosa (ó el derecho); ó lo que es lo mismo, que la adquisición supone un acto traslativo; mientras el art. 433 se refiere al parecer á todo título ó modo de adquirir. ¿Es esto cierto? y si lo es, ¿tiene razón de ser la diferencia? Veamos.

Sentemos ante todo un hecho indudable. El art. 430 comprende toda clase de posesión, y por tanto, el derecho de poseer ó la pose-

sión ejercida por el mismo dueño de los bienes. El art. 433 se olvida de esto por completo, porque en la doctrina que expone ese olvido es irremediable; el art. 433 se refiere á la posesión que hemos calificado de verdadera ó propia, á la posesión separada del derecho cuyo ejercicio aparenta, á la posesión en contradicción con el derecho del dueño. No cabe discutir la buena ó mala fe del propietario legítimo de una cosa ó de un derecho; donde no hay vicio alguno en el modo ó en el título de adquirir, no cabe hablar de su ignorancia; lo que no existe no puede conocerse.

Ahora bien ¿ha de existir siempre otra persona de quien proceda la cosa ó el derecho? La transmisión, ¿es requisito indispensable para la existencia de la buena fe? El art. 433 no está conforme con esta limitación. «Se reputa, dice, poseedor de buena fe al que ignora que en su título ó *modo de adquirir* exista vicio que lo invalide.» La buena fe supone un título cualquiera: luego si hemos de creer lo que parece desprenderse del art. 433, no es indispensable que haya siempre transmisión, ó una persona que entregue y otra que reciba, una que se desprenda voluntariamente de un derecho y otra que lo adquiera, pues sea el que sea el modo de adquirir, la ignorancia de todo vicio que lo invalide, la creencia de haberse adquirido realmente la cosa ó el derecho, esto es, el dominio ú otro derecho real sobre la cosa, es lo que constituye en esencia la buena fe.

Por nuestra parte, vemos claramente la verdad del principio. La buena fe es independiente de la naturaleza del título; sea éste originario, sea traslativo, se concibe ese estado de ánimo del poseedor. Pero en la aplicación de ese principio, la cuestión no la vemos tan clara; vislumbramos, sí, la posibilidad de la mala fe en la adquisición por ocupación, mas no así la existencia de la buena fe como elemento para adquirir el dominio y los demás derechos reales en prescripción ordinaria. Y aun esa posibilidad de la mala fe que decimos vislumbrar, creemos que en la verdadera ocupación jurídica no estorba para la inmediata adquisición del dominio, y que si en algún caso puede servir de precedente á la prescripción extraordinaria, esto ha de ser cuando la ocupación no merezca tal

nombre ó no constituya un verdadero modo de adquirir. Nos explicaremos al comentar el art. 1950.

Como el art. 433, mirando á distintos efectos que el 1950, exige para la buena fe la existencia de título ó modo de adquirir, para toda la doctrina referente á la percepción de frutos, abono de gastos y mejoras, no hay más remedio que considerar como poseedor de mala fe al que, contraviniendo los preceptos legales, ó sabiendo que una cosa no le pertenece, la ocupa materialmente, ó aprehende objetos que no carecen de dueño. Pero nótese que no es que el título originario de ocupación jurídica sea aplicable á la buena fe, sino que la falta probada de título envuelve necesariamente, según el art. 433, la existencia de la mala fe.

En cuanto al ejercicio de las acciones posesorias, ya dijimos que la buena ó mala fe del poseedor es indiferente.

Poseedor de buena fe.

Se reputa poseedor de buena fe, dice el art. 433, el que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide.

Según esta definición, es indispensable para que exista buena fe: 1.º Título ó modo de adquirir. 2.º Vicios en dicho título ó modo. 3.º Ignorancia de esos vicios por el poseedor, y como inmediata consecuencia, creencia fundada de pertenecerle la cosa ó el derecho que posee.

1.º *Título ó modo de adquirir.*—Con buen fin, sin duda, usó el legislador en el art. 433 las palabras *título ó modo de adquirir*; pero eso no evita que se hayan suscitado dudas.

Q. Mucius opina que modo es lo mismo que título: «Todos los códigos emplean la palabra título. ¿Qué quieren decir con ella? En nuestro entender, el Código español lo expresa con claridad: equivale á modo de adquirir» (1).

Navarro Amandi (2) supone que el Código da á entender que

---

(1) Código civil concordado y comentado extensamente por Q. Mucius Scævola, tomo 8.º

(2) Cuestionario del Derecho civil reformado, tomo 2.º

no es necesario el título para que exista la buena fe, bastando un modo de adquirir.

Sánchez Román, por el contrario, cree que el art. 433 da á la buena fe una extensión justa y necesaria, exigiendo en el poseedor la ignorancia, no sólo de todo vicio en el título, sino también de todo vicio en el modo de adquirir, para lo cual le sirve de fundamento el art. 1950, que se refiere al modo expresamente con las palabras «ser el transmitente dueño de la cosa» (1).

Convengamos en que la idea no está muy clara. No podemos negar, sin embargo, nuestra mayor simpatía por la opinión de Sánchez Román.

Al comentar el art. 609 investigaremos lo que haya de verdad en la distinción entre el modo y el título. En nuestra opinión, el Código se refiere á la adquisición en general. Es ó se reputa poseedor de buena fe el que ignora que exista vicio que invalide su adquisición. Tal vez por lo mismo que la palabra título podía entenderse como sinónima de documento, añadió ó modo de adquirir, refiriéndose á las distintas formas de adquisición que con ese nombre enumera en el art. 609. Pero no cabe duda que lo que se llama modo entra en el espíritu del 433, y que el conocimiento de algún vicio en él excluye la existencia de la buena fe: así lo confirma el art. 1950.

La cuestión es esta: si el título perfecto supone la preexistencia del derecho que se transmite en el patrimonio del transmitente, si al faltar esta circunstancia el título se considera vicioso ó defectuoso, como entiende el Sr. Azcárate, que niega la existencia del *modo*, basta en el art. 433 la palabra título, no como documento, sino como acto jurídico, sola ó explicada por la frase *modo de adquirir*. Pero si esa preexistencia del derecho, se considera como algo distinto al título é independiente de él, algo que no influye en la validez del acto en sí mismo, aunque lo haga inútil ó ineficaz; si el título puede ser perfecto aunque no intervenga en él, por sí ó por otro en legal forma, la persona en quien reside el derecho trans-

(1) Dan por supuesta la necesidad del título Bonel y Falcón.

mitido, con tal que de él no resulte esa falta de preexistencia, entonces la palabra *título* no basta y es necesario adicionarla con lo que se llama *modo.*

En todo caso lo que hay que hacer constar es que lo mismo tíene buena fe el poseedor que cree que ha recibido la cosa ó el derecho de aquel á quien pertenecian, que el que ignora la falta de capacidad del transmitente, ó cualquier vicio ó defecto del título que invalide su adquisición. La generalidad del art. 433 así lo prueba, y el art. 1950 lo confirma. Lo que es común en estos dos artículos no puede menos de constituir un elemento indispensable para la buena fe; lo que falta en el art. 1950 (los vicios del título independientes del derecho y de la capacidad), no cabe duda que se comprende en el 433, por más que en materia de prescripción, artículos distintos, el 1952 y el 1953, se ocupen especialmente de ese particular.

2.° *Vicios en el título ó modo de adquirir.*—Han de existir también para que pueda hablarse de la buena fe, porque si el título y lo que se llama modo fuesen perfectos, se adquiriría el derecho fundamental transmitido y no la posesión, y no cabrían cuestiones sobre la buena ó mala fe del adquirente.

Estos vicios han de ser tales que invaliden el título ó hagan ineficaz la transmisión, que impidan ó deban impedir la adquisición de la cosa ó del derecho, que motiven una traslación falsa, causa de la poca seguridad, y posible anulación ó caducidad del derecho del poseedor.

Si el derecho transmitido estuviese sujeto á alguna condición, la transmisión *absoluta* del mismo podria no ser eficaz, existiría un vicio en el título ó modo de adquirir que posiblemente lo invalidaría, porque como nadie puede dar más que lo que tiene, el adquirente no pudo recibir lo que ni era del transmitente, ni podía ser por este transmitido. Pero si se hace constar la condición que afecta al derecho, la enajenación no contiene vicio alguno en este sentido.

Obsérvese que, según el art. 433, la ignorancia del poseedor sólo hace relación á los vicios de *su* título ó modo de adquirir.

3.° *Ignorancia de esos vicios por el poseedor.*—Esta es la con-

dición más esencial que caracteriza la buena fe, porque es la que ha de servir de fundamento á su creencia de que realmente le pertenece el derecho que posee.

Se trata de un elemento interno ó de conciencia, ante el cual la ley no tiene otro remedio que cruzarse de brazos. Un reconocimiento de su impotencia es el exigir como signo exterior de esa posible ignorancia, la existencia del título ó modo de adquirir; como camina á ciegas, necesita un apoyo ó un guía. ¿Existe ó no existe esa ignorancia? ¡Cuántas veces habrá realmente buena fe y se le negará al poseedor por fundarse en un error de derecho! ¡Cuántas otras se le respetará como hombre probo y sólo será un malvado!

Tenemos, pues, como *carácter esencial* de la buena fe, *la creencia* en el poseedor de pertenecerle realmente el derecho que posee; como *fundamento externo* que haga admisible esa creencia, la existencia de *un acto jurídico* que aparente una legítima adquisición; y como *signo distintivo de la aplicación de estos principios á la posesión*, *los vicios* en el título ó modo de adquirir, que si no existieran harían inútil toda la teoría, por no poder ni haber para qué aplicarla.

Suscítase aquí una cuestión importante. La ignorancia del poseedor puede ser de hecho ó de derecho. Claro que la ignorancia de un hecho propio no es admisible en el poseedor, y claro también que la ignorancia de hechos, exteriores, digámoslo así, al poseedor mismo puede servir de fundamento á la buena fe. Pero la ignorancia del derecho, ¿es admisible? ¿Cabe alegar el desconocimiento de los preceptos legales? Es posible, es hasta muy frecuente que se ignoren; pero ¿puede fundarse en esa ignorancia la buena fe? Cuestión es esta muy relacionada con el artículo siguiente (434), y en el comentario del mismo procuraremos resolverla.

La doctrina de la buena fe, en lo relativo á sus efectos sobre percepción de frutos, es aplicable á muchos poseedores que no tienen las cosas en concepto de dueños. En lo relativo á la prescripción, sólo puede aplicarse al que posee en concepto de dueño la cosa ó el derecho.

Como cualidad subjetiva, sólo puede referirse á los que poseen por sí mismos; nada importa que un mandatario conozca los vicios de la titulación ó adquisición, si no los sabe el mandante. Pero en tal caso, ¿los menores y los incapacitados habran de ser considerados siempre poseedores de buena fe? Creemos que probada la mala fe de sus representantes legales, perjudica á las personas representadas, quedando á salvo á favor de éstas las acciones que puedan asistirles.

Poseedor de mala fe.

Se reputa poseedor de mala fe, al que se halla en el caso contrario ésto es, al que sabe que en su título ó modo de adquirir existe vicio que lo invalida.

Es poseedor de mala fe, dice el art. 929 del código de Méjico, el que posee sabiendo que no tiene título, el que sin fundamento cree que lo tiene, y el que sabe que el título es insuficiente ó vicioso. Precepto que puede considerarse como un desenvolvimiento del de nuestro Código.

El de Austria, art. 373, afirma que el poseedor es de mala fe cuando no puede señalar su cedente, ó señala uno que es sospechoso, ó cuando ha recibido las cosas á título gratuito y el demandante á título oneroso.

Es poseedor de mala fe, según el código de Holanda, el que sabe que la cosa que posee pertenece á otro. Esta es, en efecto, la circunstancia que más influye en la cuestión. Muchos actos nulos se convalidan por sí mismos por falta de reclamación. La inseguridad de la adquisición depende principalmente de no preexistir en el transmitente el derecho transmitido.

Por último, en desenvolvimiento del principio de la mala fe, expone Díaz Ferreira, la adición intentada al art. 476 del código de Portugal, por la proposición Silva Ferrão, según la cual debían estimarse conocidos por el poseedor los vicios de su título, cuando la posesión recayese sobre cosas ó derechos que por su naturaleza ó por disposición de la ley no pueden ser objeto de posesión; cuando los vicios constasen evidentemente en el documento respectivo

de adquisición, ó en otro existente en archivo ó registro público, ó proviniese de documentos en que ó intervino el poseedor ó se hallaban en su poder; cuando el poseedor sabe que ni precedió ni siguió á su posesión aprobación ni transmisión alguna legítima; cuando tenía motivos para exigir, y sin embargo no exigió, previamente al contrato, la prueba del derecho del transmitente, etc.

Díaz Ferreira termina así su comentario: «La adición y las declaraciones mencionadas aclaraban mucho la inteligencia del artículo, y es sensible que la Comisión no especificase algunos de los hechos verdaderamente constitutivos de dolo ó mala fe. Esta especificación prestaría gran ayuda á los tribunales, y no quedaría todo abandonado exclusivamente al puro arbitrio de su interpretación.»

Algo análogo pudiera decirse también en relación á nuestro Código.

ARTÍCULO 434

La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba.

CONSIDERACIONES GENERALES

La ficción de la buena fe, como estado de ánimo del poseedor, no podría sostenerse sin la presunción que establece la ley en el artículo transcrito. Esa ignorancia del poseedor que le lleva á considerarse como el dueño legítimo de las cosas que posee, constituye una situación especial, un verdadero estado de conciencia, imposible de ser apreciado exteriormente ó por cuantos no sean el mismo poseedor. El legislador ha creído necesario establecer el precepto del art. 434, con la racional limitación contenida en el 435, que examinaremos después.

¿Quién es el dueño? ¿Quién es el poseedor? Imposible determinarlo *a priori*. Las relaciones de la persona con la cosa ó el derecho son las mismas, en la apariencia, en el dominio que en la posesión. Exteriormente, todo el que ejecuta actos de dueño, como

dueño debe ser considerado. El mismo poseedor se engaña con frecuencia, puesto que, si realmente lo es de buena fe, ha de tener la creencia de que él es el dueño. Por esto, en la imposibilidad de deslindar exteriormente los campos, y en la imposibilidad de penetrar en la conciencia del poseedor, terreno que queda completamente extraño al orden jurídico, el art. 434 establece la presunción de buena fe, y no dice que existe, sino que se presume. Esta presunción es justa, porque la posesión es el signo exterior de la propiedad. Hay que creer que el derecho del poseedor es firme, hay que respetar esa apariencia ó exterioridad, aunque realmente sea sólo un disfraz de la mala fe, porque esto no puede saberse con certeza mientras no se pruebe y justifique, y porque á toda persona debe suponérsela honrada en tanto no conste lo contrario. De aquí la protección al poseedor contra todo tercero, sea quien sea, y el precepto del art. 434, que exige la prueba de mala fe.

No debemos ver, por lo tanto, en el art. 434 un privilegio concedido á la posesión, sino más bien un principio que hay que aplicar forzosamente á esa relación, si no se quiere que todos los derechos queden en la incertidumbre, y el verdadero propietario se vea obligado á probar á cada paso, no la verdad de su posesión como hecho visible ó signo exterior de su derecho, sino la realidad de su dominio. Todo ataque á la posesión redundaría en perjuicio de la propiedad, y recíprocamente, toda concesión á la propiedad cede en beneficio de la posesión.

No podemos menos de estar conformes con la teoría del ilustre jurisconsulto Ihering en lo que se refiere á éste particular.

«Conforme á lo que precede, dice, se puede considerar la posesión como una posición avanzada de la propiedad. No es por sí misma por lo que es protegida, sino mirando á la propiedad. En la posesión, el propietario se defiende contra los primeros ataques dirigidos á su derecho. En ese terreno no se libra la batalla decisiva de la propiedad, sino una simple escaramuza, un combate de las avanzadas, en el cual, para continuar la comparación, no es precisa la gran artillería, sino que basta el arma blanca. ¡Contra ladrones y bandidos no se emplea el cañón!

»La protección posesoria ha sido según esto introducida teniendo en cuenta la propiedad. Pero es imposible conceder esta protección al propietario sin que los no propietarios se aprovechen de ella al mismo tiempo. Y en efecto, si la prueba realmente necesaria de la propiedad se limita á la demostración de su exterioridad, esta facilidad resulta en pro de todo individuo que esté en situación de prevalerse personalmente de tal elemento. La posesión adquiere de esta manera frente á la propiedad una independencia tal, que no sirve sólo y exclusivamente á la propiedad, sino que puede también volverse contra ella. El mismo servicio que presta al propietario que posee de protegerle sin dificultades contra los ataques extraños, lo presta al *no propietario* que posee, y aun contra el mismo *propietario* que no posee.»

Hagamos extensiva la misma doctrina á todos los derechos, y se verá cuán exactas son las anteriores frases, dándoles la generalidad que les falta para abrazar en toda su extensión la relación posesoria.

El art. 434 constituye la primera y principal presunción defensiva del estado posesorio.

*
* *

¿Puede fundarse la buena fe en la ignorancia de las leyes?—¿Cuál es el límite de la presunción del art. 434? La ley la establece como irremediable y procura fundarse en algo que la justifique: la existencia del título; pero si el desconocimiento ó la ignorancia del derecho puede servir de base á la buena fe, ¿no se hará demasiado privilegiada la situación del poseedor? ¿Presumirá, por ejemplo, la ley, sólo por la existencia de un título, que es poseedor de buena fe el que ha comprado un inmueble á un menor de edad, á un loco ó á una mujer casada sin licencia de su marido?

Divididas se hallan las opiniones en esta cuestión, y es sensible que no haya sido claramente resuelta por la jurisprudencia.

Díaz Ferreira, comentando el código de Portugal, dice: «La ignorancia de la ley á nadie excusa: ¿se presume por ese simple

hecho la mala fe? La ignorancia de la ley no releva de responsabilidad; pero no por eso significa mala fe.»

Lo mismo creen Sánchez Román y Navarro Amandi, fundándose principalmente en la generalidad de expresión del art. 433, y lo mismo sostiene Laurent..

Separándose de esta opinión, Q. Mucius sienta una teoría, que si bien bastante fundada en su origen, conduciría muy lejos en su desarrollo. Supone que en ningún caso sirve la ignorancia del derecho como fundamento á la buena fe; pero no deteniéndose en un solo poseedor, pretende que el último de éstos, en ciertos casos, está obligado á examinar la titulación de su antecesor, sin que pueda alegar buena fe si en ella existía vicio, cuya ignorancia suponga error de derecho. Puede verse, en prueba de lo que decimos, el comentario á los arts. 434 y 442.

La cuestión afecta lo mismo á los artículos 433 y 434 que al 1950, porque para los efectos de la posesión, los vicios del título ó modo que más han de influir son los relativos á la capacidad y á la preexistencia del derecho en el transmitente, y á estas circunstancias aluden las palabras «era dueño de ella y podía transmitirla», contenidas en el último artículo, iguales á las de las Partidas: «que era suya é que auia *poder* de la enajenar».

Fácil es equivocarse en la persona en quien reside el verdadero dominio de la cosa ó el verdadero derecho que se transmite. Sea como sea, para que un derecho se transmita es necesaria la preexistencia de lo que se transmite en el patrimonio del transmitente, y la falta de este requisito es, sin duda, la fuente más importante del derecho real de posesión. La ignorancia en el poseedor de que ha adquirido de quien no era dueño, constituye el principal fundamento de su buena fe. El que no es dueño *no puede* transmitir legalmente. ¿Se refiere á esto la última parte del art. 1950? La partícula *y* parece indicar que se refiere á un requisito diferente; pero si este otro requisito es la falta de capacidad en el transmitente, la ignorancia del poseedor parece que tiene que ser de derecho. En el art. 433 aun se comprenden otros vicios del título ó modo de adquirir: actos nulos por su naturaleza ó por sus condiciones, falta de formalida-

des, etc., y la ignorancia de ellos envuelve fatalmente la ignorancia de las leyes.

El art. 2.º del Código dice: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», y á pesar de su impropia redacción, su sentido es bien claro, como dice el Sr. Carvajal. La ignorancia de la ley no excusa de las consecuencias de no cumplirla; no aprovecha á nadie, ni á nadie puede servir de excusa, ni puede ser alegada en juicio.

Ni vale decir, con Díaz Ferreira, que si la ignorancia de la ley no releva de responsabilidad, tampoco por eso sólo envuelve mala fe. Mala fe no envuelve ni significa esa ignorancia cuando sea verdadera. Pero, en primer lugar, lo verdaderamente grave no es que algunas veces exista la mala fe, sino que la ley *siempre* la presuma buena, porque aunque la ignorancia del derecho sea en la realidad posible, la ley no puede en modo alguno suponerlo ó admitirlo así, porque á la sombra de tal concesión quedarían sancionados ó serían posibles abusos sin cuento, graves complicaciones, y no existiría acto alguno para cuya apreciación dejase de ser necesaria una prueba especial. Por otra parte, y con referencia al poseedor, ¿cuál es la responsabilidad de que no queda relevado por la ignorancia de la ley? ¿Será la pérdida del derecho por la nulidad del acto? Pero esa pérdida existirá lo mismo mediando ó no mediando buena fe, conociendo el derecho y ajustándose á él, ó desconociéndolo y contrariándolo, porque si el derecho no fué real y legítimamente transmitido, no pudo ser adquirido inmediatamente, y quedará siempre la amenaza de su pérdida. Y si por el reconocimiento de la buena fe en el poseedor que tal ignorancia alega, se le conceden los frutos, se le indemnizan los gastos y se le adjudica el derecho en plazo mucho más breve por prescripción, ¿dónde está, repetimos, la responsabilidad de que no le releva su ignorancia? ¿Es que esta ignorancia merece en algún caso un premio, y á eso atiende y á tal fin se encamina la presunción establecida en el art. 434?

No creemos que en la vida real deje de existir muchas veces la buena fe fundándose en un error de derecho. Cuando la adquisición conste en documento público, la capacidad de las personas ha

de haber sido ya apreciada por funcionario competente, y aun prueban los recursos de casación intentados contra las sentencias definitivas, y los recursos gubernativos interpuestos contra la calificación de los registradores, que cabe en tales condiciones el error; pero, por desgracia, los documentos privados y aun las transacciones verbales abundan más que los documentos públicos, y aunque nadie debe ignorar el derecho, es lo cierto que hasta aquellos que tenemos el deber de saberlo y aplicarlo, nos equivocamos con relativa frecuencia. Sin embargo, una cosa es la ignorancia clara, manifiesta, verdaderamente inexcusable, á la que sin duda alude el art. 2.°, y otra muy distinta el error posible y digno de excusa nacido de complicados preceptos legales y de interpretación de doctrinas diversas.

A esto alude también Sánchez Román, al exponer como uno de los fundamentos de su opinión sobre ser admisible la ignorancia de derecho en la presunción de buena fe, el siguiente: «2.° En que una cosa es ignorar las *leyes*, y otra muy distinta ignorar las *soluciones legales* á que su aplicación dé lugar, y un caso de apreciación, y por cierto, generalmente, de índole complicada, es el de determinar cualquiera solución de invalidación de un acto jurídico, siendo cosa que exige un perfecto conocimiento de todos los elementos y funciones de la técnica jurídica, no obstante lo cual, por la falta de aquella distinción en el art. 433, y por ser éste el supuesto relativo á la ignorancia de las *leyes* en el art. 2.°, aceptamos la resolución indicada».

Este fundamento obliga á distinguir, sin sentar una regla absoluta, con lo cual se mantiene el imperio del art. 2.°, dando al 433 toda la extensión posible. La *ignorancia* de las leyes no puede servir de fundamento á la buena fe; el *error* en la aplicación de las mismas, sí. Descartemos enhorabuena el error posible; pero no admitamos nunca la ignorancia inexcusable.

Pero aun la ignorancia de la ley puede fundarse en un error de hecho, mejor dicho, cabe la ignorancia de hecho en lo relativo á la capacidad para transmitir, y en lo relativo á la intervención de ciertas personas, cumplimiento de ciertas formalidades y apre-

ciación de ciertos actos, y cabe el error de derecho en la interpretación de doctrinas dudosas.

Se supone que el poseedor sabía que los menores no podían transmitir, pero creyó que el dueño no era menor; sabía que los locos no podían enajenar, pero ignoraba la locura ó incapacidad del transmitente; no desconocía que las mujeres casadas necesitan la licencia de sus maridos, pero fué engañado sobre el verdadero estado de la mujer ó sobre la personalidad del marido; creía no revocado un poder que lo había sido ó era falso; suponía que el tutor que intervino en el acto había sido nombrado legalmente; no fué advertido de una cláusula de reversión, ó de sustitución, ó de limitación, que realmente existía, ó se enteró de esas cláusulas que podían ser interpretadas en diversos sentidos; creyó que el tercer grado de parentesco á que se refiere el art. 811 del Código civil no debía computarse con relación al descendiente de quien el ascendiente hereda, etc.

Este y no otro parece ser el alcance del art. 433 y del 1950, si no han de contrariar los buenos principios jurídicos que hacen obligatorio para todos el cumplimiento de las leyes, sin que á nadie pueda servir de excusa su ignorancia.

La mala fe para el efecto de la validez de la posesión, declara la sentencia de 24 de Abril de 1880, no nace de la nulidad del título, sino de los motivos que concurran para conocerla.

La ignorancia del derecho no aprovecha al poseedor, dice la de 8 de Octubre de 1862.

Al comentar el art. 442 veremos, sin embargo, que la buena fe de un poseedor sólo hace relación á su título ó modo de adquirir, sin que nada tenga que ver con el modo ó el título de los poseedores anteriores. Una cosa es que el título nulo no se convalide por la transmisión del derecho á un tercero, y otra muy distinta que ese tercero haya de ser considerado por ello poseedor de mala fe.

Tenemos, pues, establecida en la ley una presunción de las llamadas antes *juris tantum*, á favor del poseedor. Según el Código civil, en los arts. 1249, 1250 y 1251, las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completa-

mente acreditado; las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba á los favorecidos por ella, y pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que la misma ley expresamente lo prohiba.

Reconocido ó probado el hecho de la posesión, se presume que el poseedor posee siempre de buena fe; para destruir esta presunción es necesario probar su mala fe, prueba que naturalmente incumbe á la persona que la afirma, y se presenta reclamando la cosa ó el derecho que se poseen.

Respecto á los medios de prueba, todos los expresados en la ley son admisibles, puesto que sólo se exige que se demuestre ó averigüe el hecho de la mala fe en el poseedor. A los tribunales corresponderá la apreciación de las pruebas aducidas, conforme declaran las sentencias de 13 de Mayo de 1863, 19 de Enero de 1866, 3 de Abril de 1867, 19 de Marzo de 1868, 15 de Marzo y 28 de Junio de 1869, 19 de Octubre de 1878, 7 de Julio de 1884, 23 de Diciembre de 1890 y 28 de Febrero de 1893.

La mala fe no se presume nunca (sentencias de 20 de Octubre de 1870 y 15 de Octubre de 1885).

*
* *

Relación entre los arts. 433 y 434.—Independencia entre la buena fe y la nulidad del título.

De la relación del art. 434 con el 433 resulta que los requisitos exigidos en éste para la buena fe, sólo han de justificarse cuando todos ó alguno de ellos sean contradichos. Fuera de este caso, la fuerza de la presunción establecida es tal, que en muchos casos se dará por supuesta la buena fe aun sin existir título, ó conociendo sus vicios. Así lo hace posible el art. 448, que presume la existencia del título sin que se pueda obligar al poseedor á exhibirlo.

Si, pues, en juicio de posesión ó de propiedad, antes de transcurrido el tiempo necesario para prescribir, se reclama al poseedor el derecho que disfruta y nada más, dicho poseedor, al reconocer el preferente derecho del reclamante, será considerado como de

buena fe, y disfrutará las ventajas referentes á la percepción de frutos, abono de gastos, etc., tuviese ó no tuviese título de su adquisición. No reconociendo esa preferencia de derecho en el demandante, podría éste justificar los vicios del título ó modo de adquirir del poseedor, y el resultado de esta prueba destruiría la presunción de la buena fe.

Si el demandante, además de reclamar el derecho, pide que se declare la mala fe del poseedor, debe probarla, y para ello basta demostrar la falta de alguno de los otros requisitos constitutivos de la buena fe: la falta de título, ó el conocimiento por el poseedor de los vicios de la adquisición. Como medio de prueba sirven las presunciones admitidas por el Código y por la ley de Enjuiciamiento civil. Ahora bien: cuando se prueba la nulidad del título, no por eso queda probada la mala fe, según declaró la sentencia de 24 de Abril de 1880; pero no cabe desconocer que si la nulidad envuelve una ignorancia inexcusable de las leyes, se establece una presunción contraria á la del art. 434.

El que compra á una mujer casada sin licencia de su marido, otorga un acto nulo. Reclama el marido, y probada su no intervención, natural es presumir la mala fe del adquirente. No es esta prueba irrebatible; lo será de la nulidad, no de la mala fe; sin embargo, obliga al poseedor, si en efecto su conciencia nada tiene que reprocharle, á probar que medió licencia ó consentimiento de otra persona que creyó fundadamente ser el marido, ó que en la venta intervino la mujer como soltera ó viuda, con lo que habrá acto nulo y buena fe. La adquisición por el poseedor no es necesario que sea perfecta, ni puede serlo; basta que tenga la apariencia de tal y que la crea perfecta el poseedor.

Es esta una materia que puede ofrecer incesante variedad en la práctica. Los tribunales en cada caso habrán de ajustar su conducta á la marcha del procedimiento y al resultado de las pruebas teniendo presente que la mala fe no puede nunca darse por supuesta; por lo que, si no se declara de un modo expreso, queda firme la presunción del art. 434 con todas sus consecuencias. Véase la sentencia de 15 de Octubre de 1885.

ARTÍCULO 435

La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

I.—Consideraciones generales

¿Basta la buena fe al principio de la posesión, ó ha de sostenerse durante todo el tiempo que se posee?

La doctrina de las Partidas, tomada del derecho romano, era la siguiente:

Ley 12, tít. 29, Partida 3.ª «Dan ó cambian omes ya, algunas cosas que non son suyas, é aquellos á quien passan por alguna destas razones han buena fe en tomandolas, cuydando que aquellos de quien las reciben, han derecho de las enajenar. E por ende dezimos que si *aquella sazon que ganaron* possession de las cosas ouieron buena fe, en auerlas assí como sobredicho es, *magüer ante* que los apoderassen, *ó después la ouiesen mala*, cuydando que aquellos de quien las ouieron, non eran verdaderos señores, *non les empece á ellos, nin á sus herederos.* Ca si fasta tres años fueren tenedores de aquello que assi tuuieron, ganarlo han por tiempo. Mas el que quissiesse ganar por este tiempo la cosa que ouiesse comprada, *conuiene* en todas guisas, que aya buena fe en esas dos sazones; quandío la comprare é que dure en ella fasta que sea apoderado de la cosa. Pero si aquel que fuese apoderado de la cosa agena, por donadio, ó por vendida, ó por compra, ouiesse mala fe en ella ante que la ganasse por tiempo assi como dicho es, si después la vendiesse, ó la enagenasse *á otro, que supiesse* que era agena: éste atal non la podría despues ganar por tiempo; porque ouo mala fe á la sazon que passó á ella.»

En el mismo sentido se inspira el código de Napoleón, artículos 2268 y 2269; el italiano, art. 701; el portugués, art. 520; el mejicano, art. 1190; el de Guatemala, art. 649, y otros.

Debe advertirse que esta doctrina que se da por satisfecha con la buena fe de un momento, es aplicable especialmente á la adquisición por prescripción. Así, el código portugués, en relación á la percepción de frutos, viene á declarar que aunque el poseedor tuviese buena fe en el tiempo de la adquisición, cesa su derecho á los frutos desde que conoce los vicios de su posesión.

El derecho canónico, por el contrario, defiende, y defendió siempre, la necesidad de que la buena fe persista en el poseedor durante todo el tiempo de la posesión. La misma idea impera en Baviera y el Tesino.

Pueblos hay, por último, en los que no se considera necesaria la buena fe para el efecto de prescribir, estableciéndose un solo plazo de prescripción. Sirvan de ejemplo Rusia y Escocia.

Nuestro Código resuelve esta cuestión en el art. 435, y declarado este artículo aplicable á la prescripción por el art. 1951, es evidente que, sin distinción de ninguna clase, su precepto es general para todos los efectos de la buena ó mala fe. «La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.» Aplaudimos sin reserva el justo criterio de nuestro Código en este punto. Se sostiene la presunción de la buena fe, salvo prueba en contrario; pero la prueba, lo mismo puede contraerse al principio de la posesión que á otra época posterior cualquiera. La buena fe puede dejar de existir durante el curso de la relación posesoria. La ley no hace más que aceptar y respetar esa verdad, huyendo del peligro de consagrar la injusticia que representaría el conceder un privilegio, tan inícuo como desprovisto de base cierta, al poseedor que sólo hubiese tenido buena fe en el momento de su adquisición, y constase por actos ó hechos posteriores que no ignoraba los vicios de su posesión.

Pero ¿cuál debe ser el límite, ó cuál el alcance del precepto del art. 435?

¿Bastará que existan actos, como parece indicar el artículo, que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa (ó el dere-

cho) indebidamente, ó será necesario que esos actos se demuestren y que un tribunal haga la declaración? ¿Serán indispensables actos del poseedor, ó bastarán hechos que envuelvan y revelen ó produzcan el mismo resultado? Por el solo hecho de sobrevenir la mala fe, ¿perderá el poseedor todas las ventajas adquiridas y habrá de conceptuársele en absoluto y desde el principio como de mala fe, ó existirá una posesión mixta, digámoslo así, en la que habrá de ser considerado el poseedor como de buena fe hasta cierto tiempo, y de mala fe desde esa época en adelante?

II.—Cuestiones

A. *¿Basta la existencia de los actos á que se refiere el art. 435, ó han de probarse?*

Esta cuestión es sencillísima. No cabe duda de que la simple existencia de los actos nada significa, y que, por lo tanto, es indispensable que esa existencia se demuestre ante los tribunales y por éstos se declare. Como además no se concibe un juicio para ese solo fin, intentado por personas que por ello no han de obtener beneficio alguno, habremos de deducir que sólo en juicio de posesión ó de propiedad puede alegarse y demostrarse la mala fe sobreviniente.

B. *¿Serán indispensables actos del poseedor, ó bastarán hechos que acrediten la mala fe?*

Respecto á esta cuestión, habla el art. 435 de actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente. Acto es una accion humana. ¿Se refiere á actos directos del poseedor? Estamos conformes en que tal vez hubiera sido más conveniente el empleo de la palabra «hechos», por su mayor generalidad, porque para nosotros el art. 435 se inspira en todo en la realidad, y no cabe duda que, sea el que fuere el motivo ó el hecho de que pueda claramente deducirse el conocimiento por el poseedor de los vicios de su título ó modo de adquirir, debe juzgarse suficiente, una vez probado, para justificar la mala fe. Pero ello es lo cierto que

el artículo usa la palabra *actos*, y que cuando esos actos no existan, es aventurado deducir una mala fe jurídica, aunque por otra parte resulte clara y manifiesta en la realidad.

Pero esos actos, ¿por qué han de proceder del poseedor mismo? Si por los actos de otra persona queda acreditado que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente, la posesión adquirida de buena fe, ¿no perderá también ese carácter? Para nosotros es indudable, porque los requisitos exigidos en el art. 435 se encuentran cumplidos, aun prescindiendo de que la palabra *actos* se emplea muchas veces como sinónimo de *hechos*.

Veamos algun ejemplo: A. compra á B. una finca, creyendo que éste es el dueño, y que puede transmitir su dominio. Estando de buena fe en su posesión, le entera un amigo de que A. no era dueño de la finca, ó no podía venderla, enseñándole cartas ó documentos que lo justifican. Al reclamar después el dueño legítimo, y probado que el poseedor fué advertido del vicio ó defecto de su adquisición, ¿será ese poseedor considerado como de mala fe, en virtud del art. 435? Creemos que sí. Existen *actos* que acreditan que el poseedor conocía lo indebido de su posesión. Esos actos no son directos del poseedor mismo, arrancan de una personalidad distinta; pero el art. 435 sólo exige que existan actos, sean de quien sean, que acrediten la mala fe.

C. *¿Desde cuándo surte efectos la mala fe que sobreviene en el curso de la posesión?*

Pasemos á la última cuestión. Por el solo hecho de sobrevenir la mala fe, ¿perderá el poseedor todas las ventajas adquiridas y habrá de conceptuársele en absoluto y desde el principio como de mala fe, ó existirá una posesión mixta, digámoslo así, en la que habrá de ser considerado el poseedor como de buena fe hasta cierto tiempo, y de mala fe desde esa época en adelante?

Es evidente que el art. 435 se refiere á la posesión ya en ejercicio, ó sea á un momento posterior y más ó menos lejano de la adquisición, á una posesión *adquirida* de buena fe, que *después* pue-

de perder ese carácter mediante prueba contraria á la presunción. Evidente es, por lo tanto, que para adquirir el dominio ú otro derecho real en prescripción ordinaria, no basta que exista la buena fe al principio de la posesión, pues para que bastase sería preciso que, á semejanza de otros códigos, existiese en el título que en el nuestro se ocupa de la prescripción, algún artículo que estableciera doctrina contraria á la del que ahora examinamos, y no sólo no ocurre así, sino que, antes al contrario, el art. 1951 declara aplicable el 435 á la prescripción. Luego para la adquisición en prescripción ordinaria es necesario que exista la buena fe desde el principio hasta el fin de la posesión, ó que no se demuestre nada en contrario.

Pero es menester contrarrestar el impulso de la corriente que conduce al extremo opuesto, á menos de que nos convenzamos de que debemos dejarnos llevar por ella por ser ese el alcance de la doctrina legal. El tiempo para adquirir el dominio ó los derechos reales en prescripción ordinaria es de tres años en los muebles, y diez (salvo caso de ausencia) en los inmuebles. El tiempo para adquirir esos mismos derechos en prescripción extraordinaria es de seis y treinta años, respectivamente. La mala fe que sobrevenga en el curso de la posesión, ¿perjudica de tal modo al poseedor que haya de poseer la cosa ó el derecho, si quiere adquirir su dominio, durante seis ó treinta años? Este es el extremo contrario. De ganar el dominio á los tres años ó á los diez por la sola existencia de la buena fe en un momento, el de la adquisición, á necesitarse seis ó treinta años porque el poseedor conozca á los dos ó á los nueve lo indebido de su posesión, media un abismo. ¿Se trata de un verdadero dilema, en el que no quepa más que una de esas dos soluciones, ó cabe un término medio que evite ambas exageraciones? Esta es la cuestión.

En las obras de casi todos los comentaristas, aun sin entrar de lleno en esta cuestión, vemos flotar la idea de negar toda ventaja al poseedor que, por su desdicha, no ignoró un año, un mes ó un día más los vicios de su título ó modo de adquirir. Separados de un peligro por la justa y salvadora doctrina del art. 435, se aban-

donan á la fuerza de una corriente contraria que, inconscientemente, les lleva á otro peligro y á otra injusticia.

Creemos que el art. 435 contiene un punto de apoyo bastante fuerte para poder asirse á él y evitar ese arrastre inconsciente, ese peligro y esa injusticia.

Cierto que «comprobada la existencia de los actos que tornan vicioso el modo adquisitivo, y justificado asimismo que el poseedor tenía pleno conocimiento de los vicios, la posesión *adquirida* de buena fe pierde este carácter»; pero cierto también que pierde este carácter, según el art. 435, *desde el momento* en que existan esos actos, no desde el principio de la posesión, sino desde ese momento en adelante. Luego si la posesión, á partir del momento A. pierde el carácter de la buena fe, es indudable que antes de ese momento la buena fe existe ó aún no ha perdido ese carácter; que no se trata de una retroacción caprichosa ni de un castigo, sino de un fiel reflejo de la verdad apreciable ó conocida. Hubo buena fe durante cinco años, pues se respeta esa buena fe durante el mismo tiempo; se prueba que al principio del sexto año faltó esa buena fe, pues á partir de ese momento, y no de antes, el poseedor es considerado de mala fe. Nosotros vemos con claridad que eso y no otra cosa es lo que dice el artículo.

Apliquemos estos principios.

A. adquirió de buena fe una huerta ó un ganado. Se entera á los dos años de que su posesión es indebida, y antes ó después de los tres, reclama B., prueba la mala fe que sobrevino y obtiene lo suyo. ¿Deberá A. restituir los frutos percibidos desde el principio de su posesión, ó solamente los percibidos desde que sobrevino la mala fe? Si algún objeto tienen las palabras «desde el momento» del art. 435, debe suponerse que A. hizo suyos los frutos percibidos mientras duró su buena fe y perdió el derecho á percibirlos y quedó obligado á la restitución de los percibidos y podidos percibir desde que su mala fe sobrevino, debiendo devolver sólo los percibidos desde entonces. En esta misma doctrina se inspira el artículo 452.

Esto, que en lo relativo á la percepción de frutos se presenta

claro, parece anómalo cuando se trata de la prescripción ordinaria, porque para ésta se exige la buena fe en absoluto, y esa buena fe se ha perdido en el caso supuesto. Pero la lógica obliga á admitir un principio con todas sus consecuencias, y si la interpretación apuntada es exacta, declarado el art. 435 aplicable á la prescripción, debe ser entendido del mismo modo en esta materia.

La buena fe se ha perdido en el curso de la relación posesoria, luego no bastan tres ni diez años para prescribir: esto es indudable. Luego se necesitan seis años ó treinta: esto ya no es exacto. La cosa ó el derecho no se hallan siempre en manos de un solo poseedor, sino que pueden transmitirse de unos á otros; cada poseedor puede aprovecharse del tiempo que poseyó su antecesor uniendo el suyo al de su causante (art. 1960). Si de estos poseedores, el primero tenía mala fe y el segundo buena, ó viceversa, ¿exigiremos el mismo tiempo de posesión que en el caso de que siempre hubiese existido sólo una ú otra condición? Esto prueba que, como hay prescripciones ordinarias desde once á veinte años combinando los casos de ausencia con los de presencia, puede haber prescripciones extraordinarias desde once años hasta treinta combinando la buena con la mala fe, la existencia con la inexistencia de título y los diversos poseedores. Creemos que mientras dura la buena fe corre el término ordinario de prescripción, y que al cambiarse esa buena fe en mala, cambia el plazo, representando en los inmuebles cada tres años de la nueva posesión uno de la posesión anterior. No vemos otro remedio, si, como dice el art. 435, la mala fe sólo ha de surtir efecto, ó la buena fe sólo se pierde *desde el momento* en que existen actos que prueban que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente. Después de todo, esta es, también en nuestra opinión, la solución más justa.

A. posee de buena fe una finca; pasados cinco años se persuade de lo indebido de su posesión, y á los veintiuno reclama B., como dueño. Alega A. la prescripción, y prueba B. la mala fe sobreviniente desde el sexto año. Contesta A., que puesto que se reconoce su buena fe en los cinco primeros años, no pueden negársele los efectos de buena fe durante ese período; que, por tanto, para la

prescripción ordinaria le faltaban otros cinco años, y que si bien sobrevino mala fe, en cambio ha poseído quince años por los cinco que le faltaban. Apoyados en el art. 435 y en el 1951, no vemos razón para rechazar la pretensión de A. ni para negarle la prescripción.

Si la interpretación que sostenemos no fuese cierta, sobrarían en el art. 435 las palabras «desde el momento», porque sin ella diría el artículo lo mismo: el carácter de la buena fe quedaría perdido en absoluto, en el caso de existir los actos á que se alude, no desde un momento determinado, sino perdido por completo ó como si no hubiera existido jamás.

III.—CRITERIO DE TRANSICIÓN

Para terminar el comentario del art. 435 sólo nos resta ocuparnos del criterio de transición, ó del caso de suscitarse cuestiones en las que resulten en contradicción los principios antiguos de nuestro derecho, establecidos en la ley 12 del tít. 29 de la 3.ª Partida, y los principios nuevos sentados en dicho artículo por el Código civil.

No cabe duda que la situación del poseedor era más privilegiada, bajo el punto de vista que examinamos, en la legislación anterior, puesto que bastaba que existiese la buena fe al principio de la prescripción. Si tratándose de una posesión nacida bajo el régimen de la anterior legislación, se demostrase por el dueño la *mala fides superveniens*, pretendiendo con ello impedir la prescripción, entendemos que de nada serviría, y que si había transcurrido el tiempo necesario para prescribir con arreglo á las antiguas leyes, ó aun el tiempo marcado en el Código, como más beneficioso, á contar desde su publicación, la prescripción ordinaria había de declararse consumada. Así se deduce de la regla 1.ª transitoria del Código civil y del art. 1939, que dice: «La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuese puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción,

surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo.»

ARTÍCULO 436

Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario.

I.—Consideraciones generales.

Illud á veteribus præceptum est, neminem sibi ipsum possessionis mutare posse. Nadie puede por su sola voluntad ni por el sólo transcurso del tiempo, cambiarse á sí mismo la causa de su posesión. En esta regla del derecho romano parece verse la misma idea encerrada en el art. 436.

De ciertas palabras de Celso deducen algunos, sin embargo, que no existe verdadera relación ó parentesco entre la antigua máxima romana, y la sencilla y clara presunción defensiva del derecho moderno. Todo depende del sentido que se dé á la palabra causa; por lo demás, claro es que lo que se posee en nombre propio se puede poseer en nombre ajeno, y viceversa, con tal que el poseedor no se cambie ó mude á sí mismo la causa, razón ó título de su posesión.

Los arts. 2230 y 2231 del código de Napoleón, dicen:

«Se presume siempre que el poseedor posee para sí á título de propietario, mientras no se pruebe que comenzó á poseer en nombre de otro.»

«Cuando se ha comenzado á poseer en nombre de otro, se presume siempre que se posee con el mismo título, mientras no se demuestre lo contrario.»

De aquí se tomaron casi literalmente los arts. 426 y 428 de nuestro proyecto de Código de 1851, el 687 del código italiano y los 922 y 924 del de Méjico.

El art. 481 del código portugués dice también:

«La posesión puede ser adquirida y ejercitada tanto en propio nombre, como en nombre de otro.

»§ 1.° En caso de duda, se presume que el poseedor posee en nombre propio.

»§ 2.° Se presume que la posesión continúa en nombre de quien se comenzó.»

Por último, el art. 719 del código chileno expresa la misma idea.

Se ve, por lo expuesto, que todos los códigos citados se refieren á la posesión en nombre propio ó ajeno (objeto de nuestro artículo 431), la que á su vez puede abarcar la posesión en concepto de dueño ó en concepto distinto.

Aun el proyecto de 1851 hablaba de poseer por sí ó á nombre de otro, no obstante lo cual, «se presume, decía, que se continúa poseyendo en el mismo *concepto* por que se comenzó».

El art. 436 que nos ocupa ha expresado más lacónicamente que ningún otro su pensamiento, pretendiendo tal vez generalizar la idea. «Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo *concepto* en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario.»

Como dicho artículo se encuentra colocado después de los 433, 434 y 435, y además el 1951 lo declara aplicable en unión con éstos á la prescripción ordinaria, no al tratar de la posesión en *concepto* de dueño, sino al ocuparse de la *buena fe*, cree algún comentarista que el 436 se refiere también á la buena fe.

Otros con más fundamento opinan que dicho artículo se relaciona intímamente con el 432, que es el que aplica los distintos *conceptos* en que puede tenerse ó ejercerse la posesión.

Nosotros creemos que, en efecto, el art. 436 hace sobre todo relación al 432; pero sospechamos que las palabras «en el mismo concepto» se usan en el 436 con mayor generalidad, como equivalentes á «de la misma manera, ó de la misma clase», y abarcando, por tanto, como los códigos de donde aparece tomada la idea, y especialmente como el proyecto de 1851, la posesión en nombre propio ó en nombre ajeno, y aun tal vez la de buena ó mala fe, si bien ésta resulta especialmente comprendida y aclarada en el artículo 435. Tal como fué la posesión en su adquisición ó en su prin-

cipio, se presume que sigue mientras no se pruebe lo contrario. Esta parece ser la doctrina del art. 436.

No usó sin duda el Código la palabra título, como el de Napoleón, por comprender que puede existir posesión sin título.

Pothier dice (1): «El que tiene la posesión, ó aun la nuda detención de una cosa, no puede, como tampoco sus herederos, por un determinado fin, ni por cualquier transcurso de tiempo que sea, cambiar la causa, ni las cualidades de su posesión ó retencion, en tanto no se exhiba otro nuevo título de adquisicion; mas ese poseedor ó detentor puede, durante la posesión ó retención, adquirir bajo nuevo título de adquisición la cosa que poseía ó retenía solamente; y tendrá una nueva posesión de la misma, que nacerá de dicho nuevo título, y que ya no será más la posesión ó retención que antes tenía, la cual cesa de tener con adquirir la nueva.»

La aplicación del artículo es sencillísima. Si A. adquirió aparentemente el dominio de una finca, se presume que continúa disfrutándola como dueño. Si B. empezó á poseer como censatario, se presume que sigue poseyendo en igual concepto. Si C. poseía como tutor de un menor ó administrador de una Sociedad, se presume que continúa poseyendo en nombre ajeno.

Ahora bien: si A. cede el usufructo de esa finca, cambia su posesión de dueño por la de mero propietario; si B. redime el censo, cambia su posesión por la de dueño; si C. cesa de ejercer la administración ó tutela, y toma la finca en arrendamiento, pasa á poseer para sí como arrendatario.

«El cambio de título, dice Díaz Ferreira, tiene lugar ó por hecho de tercero, ó por oposición del poseedor no rechazada por aquel en cuyo nombre posee.»

«*Por hecho de tercero.*—El arrendatario de una casa que la compra á un tercero que se le presenta como verdadero dueño, desde que principia á poseerla con buena fe y á título de propie-

---

(1) *Tratado de la posesión y prescripción*, de Pothier, traducido por D. Manuel Deó.

tario, dejando de pagar las rentas al arrendador, comienza una posesión que conduce á la prescripción.»

«Se dice *por hecho de tercero* que no es propietario, porque si la venta fuese hecha por éste, el arrendatario adquiriría el dominio, no por el modo *originario* de la prescripción, sino por el modo *derivativo* de la venta. Es preciso que la transmisión sea hecha por el no dueño para que proceda la adquisición por prescripción.»

«Por la misma razón, si el arrendatario vendiese, como suya, la cosa á un tercero, podría éste adquirirla por prescripción.»

«La compra fué hecha en ambos casos á quien no era propietario, pero el comprador empezó á poseer á título de propietario. El comprador no deriva su derecho del título primitivo del vendedor que no lo tenía, sino de su propio título, por virtud del cual se le ha transmitido la propiedad.»

«*Por oposición del poseedor.*—Pedro me arrienda una tierra, y yo, reconociendo que no es de Pedro, dejo de pagarle las rentas y hasta me opongo á pagárselas. Si Pedro no intenta ó ejercita las acciones necesarias para hacer valer su propiedad, ó las intenta pero no prosperan, puedo adquirir por prescripción la finca porque desde ese momento me considero propietario.»

«No es indispensable para este efecto que la oposición del poseedor se haga judicialmente, basta que sea extrajudicial, porque el Código no distingue.

«El que posee en nombre ajeno nunca prescribe para sí, salvo si cambia el título de su posesión: en este caso la posesión para la prescripción empieza á correr desde la fecha del cambio del título. De aquí viene el vocablo jurídico: «más vale la posesión sin título, que la posesión con título vicioso.»

El art. 436 establece otra presunción, en la que todo depende del resultado de la prueba, y la prueba corresponde á aquel á quien interesa su resultado. Si el reclamante prueba la adquisición de la posesión en concepto distinto al de dueño, al poseedor corresponderá probar el cambio de su título. Si la posesión empezó en concepto de dueño, el que se presenta reclamando la cosa ó el derecho, deberá probar que ha cambiado después el título ó el concepto.

II.—Cuestiones.

Sentado lo que precede, fácil será contestar ó resolver las cuestiones 2.ª, 3.ª y 4.ª, propuestas por Navarro Amandi, en los artículos 431 y 432.

Por el hecho de cesar la tutela y rendir cuentas el tutor, no cambia el concepto de su posesión, aunque siga poseyendo los bienes que administraba. Aunque no se cobren los intereses de un depósito, no por eso los hace suyos el depositario, puesto que como accesorios los posee, así como lo principal, en nombre del deponente. Si pagada la deuda, el acreedor retiene aun la prenda, se presume que sigue poseyéndola como simple tenedor y en nombre del propietario. Hay solamente tolerancia por parte del menor, el deponente, ó el deudor ó tercero, se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto que se adquirió, mientras el tutor, el depositario ó el acreedor no prueben lo contrario.

Queda una sola cuestión.—En caso de duda sobre el principio de la posesión ó sobre el concepto en que se adquirió, ¿se presumirá adquirida la posesión en concepto de dueño ó en propio nombre, ó al contrario? ¿Qué deberá hacerse? ¿A quién incumbe la prueba?

Los códigos extranjeros resuelven esta cuestión en el sentido más natural; pero el art. 436 del nuestro, no establece la misma presunción. ¿Deberá, á pesar de eso, admitirse como indudable?

El poseedor está en las mejores condiciones; ha de suponérsele con título y buena fe (arts. 448 y 434). Al que se presente reclamando la cosa ó el derecho, al que afirme que su posesión no es en concepto de dueño, ó no es de buena fe, corresponde la prueba. Ahora bien: por lo que hace á dicho concepto, esta prueba se contraerá al tiempo de la adquisición; probada la posesión por otro ó en concepto distinto al de dueño en el principio de la posesión, queda establecida la presunción del art. 436, sólo desvirtuada por la prueba del cambio del título ó causa de la posesión que incumbe al poseedor. Pero si esa persona que se presenta reclamando

no puede probar lo que afirma, naturalmente no ha de estar obligado el poseedor á probar nada, porque nada se ha demostrado en su contra ó en su perjuicio, ni ha de imponérsele la carga de desvanecer las dudas ó gratuitas afirmaciones de cualquiera que intente perturbar su tranquilidad. Esto equivale á presumir la posesión por sí y para sí en caso de duda, y, en efecto, creemos que este resultado es inevitable.

Si el concepto de la posesión por otro ó como tenedor es un hecho público ó conocido, ó no habrá cuestión, ó será fácil la prueba. Si la cuestión se suscita y el hecho no se puede probar, natural es suponer que la posesión no es en nombre ajeno ni en concepto de simple tenedor.

En el art. 439 insistiremos brevemente en esta cuestión.

ARTICULO 437

Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.

OBJETO DE LA RELACIÓN POSESORIA

Cierra el prímer capítulo de la materia que examinamos el artículo 437, expresando el objeto de la posesión.

El punto es arduo y peligroso, y requería mayor claridad, porque es lo cierto que el Código se expresa con cierta ambigüedad, que se presta á varias interpretaciones y sirve para satisfacer todos los gustos.

Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y los derechos que sean susceptibles de apropiación ¿Y cuáles son las cosas susceptibles de apropiación?

El Sr. Azcárate, en la pág. 22 del tomo 3.° de su citada obra, ocupándose de la capacidad de la cosa como objeto del derecho de propiedad, pregunta: «¿Hay cosas en absoluto inapropiables? Que no lo son las públicas, lo demuestra que se reconocen por todos como propiedad de la nación, de la provincia ó del pueblo, sin que obste á que sean consideradas como tales la circunstancia de que

sus dueños no gocen ni dispongan de ellas, como lo hacen el individuo respecto de sus bienes, y el mismo Estado respecto de los que constituyen su patrimonio. Más difícil es el problema en cuanto á las cosas *comunes,* porque no podemos conformarnos con la opinión seguida constantemente por jurisconsultos y legisladores, según la cual, son aquéllas en absoluto *inapropiables.* Fúndase esta doctrina en dos consideraciones: de una parte, en que su uso no necesita esfuerzo alguno por parte del individuo; y de otra, en que siendo por naturaleza inagotables, no pueden ser objeto de propiedad exclusiva, no pueden entrar en el patrimonio de ningún particular. A lo primero, observaremos que, para que nazca la relación de la propiedad, basta con que se ejercite la actividad humana sobre la Naturaleza, siquiera se limite el trabajo al puro acto de aplicar las condiciones naturales á sus fines correspondientes, y esto evidentemente se hace respecto de las cosas comunes, puesto que se dice que de ellas usan todos los hombres, lo cual hacen, no sólo cuando respiran el aire ó beben el agua, sino constantemente en todo orden de propiedad, ya que en cada objeto obran á la vez todos los agentes físicos, y así el labrador utiliza el pedazo de tierra que es de su propiedad particular; pero sobre él actúan el calor, la luz, etc., y en cuanto son necesarios para su fin, se los apropia. Además, no es completamente exacto que sea siempre innecesario el esfuerzo por parte del sujeto, pues si no es menester de ordinario para utilizar el aire, la luz, el agua, lo es en muchas ocasiones, como cuando el enfermo va en busca de la atmósfera que cuadra á su estado, ó el fotógrafo aprisiona el rayo de luz en la placa, ó cualquiera tiene que hacer algo para alcanzar el agua. Y respecto á lo segundo, repárese que tampoco las cosas *públicas* pueden formar parte del patrimonio particular de nadie, y sin embargo, todos convienen en que son *propiedad* de la nación ó del pueblo, sin que valga decir que éstos han preparado aquéllas para que todos puedan usarlas, puesto que si esto es exacto respecto de una calle ó de un camino, no lo es respecto de un puerto, ensenada, etc., los cuales pueden muy bien hallarse tales como la Naturaleza los hizo, y sin embargo, tambien se reconoce

que pertenecen en propiedad á la nación; ni tampoco vale argüir que, respecto de las cosas *comunes*, no cabe la apropiación, pues la ocupación misma «no exige la aprehensión material de la cosa, sino tan sólo su sumisión á la esfera de acción de la persona.

»Así, pues, esas cosas no podrán ser objeto de una propiedad particular, individual ni corporativa, ni de una propiedad pública, pero sí de una propiedad *común*, cuyo sujeto es la Humanidad, debiendo decirse con los estóicos que ellás están en el patrimonio de todo el género humano. Es decir, son *apropiables*, pues para que sean *apropiadas* es menester el ejercicio de la actividad humana sobre ellas; entre tanto, son verdaderamente *nullius*. En suma, todas las cosas naturales pueden ser objeto de propiedad, y si la legislación civil excluye á algunas de esa capacidad, es refiriéndose á la apropiación por el individuo, y porque se parte del equivocado supuesto de que lo referente á ellas entra en la esfera del derecho público.»

Incluyamos también los derechos, puesto que el Código, más ó menos erróneamente, los considera como objeto de posesión, y se verá que no existe nada que deba ni pueda ser excluído, si así se entiende la palabra apropiación. Y decimos más ó menos erróneamente, no porque el art. 437 comprenda los derechos, sino porque ese artículo, como el 430, el 431 y el 432, confunde y mezcla con los derechos las cosas, y sobra desde luego uno de los dos extremos que como objetos se señalan. Si la relación posesoria es sólo un reflejo de la relación de propiedad, el objeto de una y otra debe ser solamente la cosa, como expresa el art. 348, que define la propiedad y como es lógico y natural. Y si la relación posesoria es un reflejo de toda relación jurídica, su objeto serán todos los derechos, y entre ellos el mismo de propiedad, que no es cosa sino derecho. «La cosa en sí misma, dice Azcárate, para nada interesa al derecho, y desde el momento en que entra en la relación de propiedad, ya no puede disgregarse de éste.»

Pero, en fin, como hicimos notar en el art. 432, el Código, después de definir en el 348 la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una *cosa*, considera como objetos de dominio ó

propiedad á los *derechos*, toda vez que admite que éstos pueden poseerse en concepto de dueño. Tal vez se acuerda de su doctrina en los artículos 334 y siguientes, olvidada en los que de la posesión se ocupan. Propietario, pues, según se desprende del art. 432, es aquel que está autorizado para usar de la sustancia de una cosa *ó de un derecho*, ilimitada y exclusivamente. Y la misma amplitud concede al objeto de la relación posesoria.

¿Qué derechos pueden ser objeto de posesión? Puede consultarse la obra del Marqués de Olivart, que enseña la inmensa variedad de criterios sostenidos en esta cuestión; desde la limitada concepción del derecho romano, hasta las exageradas teorías de Mendthal y Lenz, pasando por la *gewere* germana y la *saisini* francesa. Si la posesión es el ejercicio del contenido de un derecho cualquiera, todos los derechos que pueden ser ejercitados pueden ser objeto de posesión; si la posesión es la apariencia ó la visibilidad de un derecho; si todo disfrute de un derecho es posesión, lo mismo los derechos personales que los patrimoniales, reales ó de obligación, han de poder ser objeto de posesión.

Fuerza es confesar que el art. 437 se presta á esta extensión que á la posesión asigna el derecho abstracto, y no hace mucho hemos visto en la prensa que fué entablado un interdicto para recobrar la posesión de los servicios de una tiple que había limitado su voluntad comprometiéndose á cantar en determinado teatro.

El Código habla de posesión de estado en los artículos 54, 116 y 135.

Sánchez Román hace el siguiente resumen: «Dedúcese de todo esto: 1.°, que los derechos que no son *reales*, sino de *obligaciones* de mero *tracto*, son susceptibles de posesión jurídica, *tan sólo* bajo el punto de vista lato y general que indicamos, y en primer término corresponde á todos los derechos, cualquiera que sea su clase; 2.°, que la posesión, en sentido ya mas concreto, pero nunca equivalente al derecho real de posesión civil *similar* del dominio objeto de este capítulo, es aplicable, como estado jurídico permanente, á los derechos de obligaciones de *tracto sucesivo* y de *tracto sucesivo continuo*, siendo los de esta última clase los de más pro-

nunciadas analogías con la *cuasi posesión* de los derechos reales ó cosas incorporales.»

Por *tracto* entiéndese el espacio de tiempo que pasa ó ha pasado. Todos los derechos tienen *tracto*, como expresa el mismo autor; pero unos son de mero *tracto*, como el del mutuante; otros de *tracto sucesivo,* que equivale á ejercicio reiterado y periódico, como el del acreedor por pensiones que deban pagarse periódicamente, y otros de *tracto sucesivo continuo,* que representa un ejercicio reiterado, no periódico ó á intervalos, sino permanente, como el de un administrador en cuanto á los derechos de obligación que la administración le atribuye.

Algún comentarista cree que el art. 437 debió redactarse en esta forma: «Sólo producirá efectos jurídicos la posesión de las cosas y derechos que puedan *ser objeto de propiedad privada*», entendiendo que esa es la idea del artículo, por ver el legislador en la posesión el principio de la propiedad y atender á un solo fin, el de la prescripción, y estimando, por último, que la idea del artículo 437 se revela claramente en el 1936: «El propósito del Código, dice, no ha sido otro que el de descartar de la posesión todas aquellas cosas que, no pudiendo ser contenido de una relación de propiedad privada, tampoco son aptas para ser usucapidas.»

Tal vez la idea del Código no fuese extender ilimitadamente el campo de la relación posesoria en esta materia; pero ¿á qué tanto hablar de derechos en absoluto, si sólo á los derechos reales quiso referirse? Por otra parte, si el artículo se contrae á las cosas que pueden ser objeto de propiedad privada y aptas para la usucapión, ¿cómo se explica dentro del concepto general la inclusión de las cosas *nullius*, que son objeto de propiedad privada, y sin embargo, no pueden ser adquiridas por prescripción?

A fin de apreciar mejor la cuestión, séanos lícito comparar el art. 437 con el 1936, que se ocupa de las cosas que pueden ser objeto ó son susceptibles de prescripción.

RELACIÓN ENTRE EL ART. 437 Y EL 1936

En estos artículos ocurre algo parecido á lo que hicimos notar respecto á los 433 y 1950.

La posesión no es la prescripción, aunque constituya uno de sus requisitos esenciales, y de aquí que pueda convenir á la materia de prescripción lo que no convenga á la de la posesión. Empéñanse algunos comentaristas en hacer comunes á ambas cosas muchos conceptos y explicarlos como iguales é identificados, y lo que es peor, en no acordarse para ello de más clase de prescripción que la llamada adquisitiva ó del dominio y demás derechos reales. Pero se empeña el Código en hacernos ver que no es lo mismo posesión que prescripción, definiendo de distinto modo la buena fe y expresando de distinta manera el objeto de ambas relaciones.

Dice el art. 1936: «Son suceptibles de prescripción todas las cosas que estan en el comercio de los hombres.» ¿Por qué variar las palabras, y aun más, para qué repetir ó volver á hablar de esto, si todo lo que pudiese ser objeto de posesión fuera suceptible de prescripción? ¿No parece esto indicar que se trata de cosas que no deben ser las mismas y por eso se presentan como diferentes?

La posesión, en absoluto, tal como la define el art. 430, abarca un concepto tan extenso, que si á él se atiende, no parece tan rara la amplitud de expresión del art. 437, respecto á las cosas ó derechos que pueden ser objeto de posesión; no todo lo que es susceptible de propiedad privada, todo lo que es susceptible de apropiación, de propiedad en general, puede ser poseído, sea quién sea el sujeto ó la entidad á quien corresponda. Mirado el artículo 437 bajo este prisma y no concretándose á ver en él la posesión como una situación jurídica perfectible, como un medio de adquirir el dominio por prescripción, su contenido no resulta tan incorrecto ó impropio como quiere suponerse. Ni basta á probar lo contrario el art. 460, núm. 3.º, que se refiere á un caso espepecial de pérdida de la posesión, ni el art. 1936, que se ocupa de la prescrípción. Justamente el emplearse en éste distinta forma de expresión, parece indicar que para el legislador no quiere decir lo

mismo, cosas objeto de la posesión y cosas susceptibles de prescripción.

Y es claro, aunque descartemos la posesión como signo ó exterioridad del dominio, indudablemente comprendida en el art. 430; aunque no hablemos de la posesión de los derechos de obligaciones, ni de los derechos de la personalidad (de familia, civiles, políticos), ni de las cosas *nullius,* objetos todos que más ó menos impropiamente pueden considerarse suceptibles de posesión, aun queda en el Código la tenencia en concepto distinto al de dueño, que tampoco conduce á la prescripción. Y nada prueba que el art. 437 se limitase á determinar las cosas que podían ser objeto de posesión para el único efecto de prescribirlas.

El código de Portugal dice que pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no están fuera del comercio. Pudiera creerse que las ideas de los arts. 437 y 1936 eran, por tanto, idénticas; pero ni esto resulta claro, ni es verdad, porque la frase *estar en el comercio* tiene distintas significaciones, como veremos al comentar el art. 1936.

No nos parece desacertado atribuir á las palabras del art. 437 la significación que respecto á las cosas suceptibles de apropiación quiere dárseles. Sean esas cosas las que pueden formar parte de un patrimonio particular y exclusivo, las cosas ó bienes de propiedad privada á que se refiere el art. 345 del Código. A entenderlo así autoriza el código portugués, al definir las cosas susceptibles de apropiación el código italiano, el de Guatemala y otros. Pero no por ello entendamos que el art. 437 atiende sólo á la posesión como medio para prescribir, y que, por lo tanto, dicho artículo y el 1936 encierran la misma idea ó dicen de distinto modo una misma cosa. Por mucho que limitemos el alcance del art. 437, aun resulta ese alcance natural y forzosamente mayor que el del 1936.

La prescripción es uno de los modos de adquirir el dominio. Sin embargo, es evidente que no todas las cosas apropiables pueden adquirirse por tal medio. La prescripción indica el nacimiento de un derecho en una persona y la extinción en otra: ¿cómo suponer este resultado en las cosas que son de toda la humanidad, como

el aire ó la luz, ó en las que pertenecen á todos los individuos de una nación, como sus caminos y sus playas? Pero no es esto solo: las cosas *nullius* son susceptibles de propiedad privada, se adquieren por la ocupación; sin embargo, no pueden prescribirse, porque no existía derecho anterior sobre ellas que por la prescripción se extinga. Las cosas del patrimonio de la Corona, y otras declaradas inalienables por virtud de leyes respetadas en el Código, forman parte de un patrimonio particular, y tampoco pueden adquirirse por prescripción. No hablemos de los derechos de la personalidad susceptibles de apropiación y de posesión, y, á pesar de ello, imprescriptibles. Luego en la frase «estar en el comercio» del art. 1936, no se comprenden, no pueden estar comprendidas las cosas *nullius*, ni esas otras cosas ó derechos á que antes hemos aludido, y como, no obstante, pueden llegar á formar parte de un patrimonio particular, se deduce de aquí, á no suponer una ignorancia inexcusable en los legisladores, que la ley limita aun más que eso, ó emplea en un sentido más limitado la expresada frase. Si añadimos á esto que siempre debe admitirse el sentido más propio, y explicarse el contenido de una frase por su significación más natural, concluiremos por afirmar que las cosas *que están en el comercio* de los hombres, aquellas que son susceptibles de ser adquiridas por prescripción, no deben ser otras que las que se pueden comprar y vender, donar, permutar, etc., las que se pueden transmitir de unas á otras personas individuales ó colectivas, aquellas de que dichas personas pueden disponer por constituir parte de su patrimonio particular, por haber sido ya *apropiadas* y haber quedado sometidas á su poder.

¿Qué deduciremos de todo cuanto va expuesto? Lo que hemos dicho al principio. Que la ambigüedad de expresión del art. 437 se presta á muchas interpretaciones y sirve para satisfacer todos los gustos. Pero si posesión es en absoluto la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho por una persona, lógico es pensar que cabe la posesión en cosas y en derechos que no pueden ser prescritos, y que el art. 437, ni dice, ni debió decir lo mismo que el 1936.

Prescindamos de la existencia del derecho en la persona que lo

ejercita, y concretémonos al verdadero carácter de la relación posesoria. Puede atacarse el estado civil ó político de una persona que lo posee de hecho aunque no le corresponda de derecho. Por más que no conduzca á la prescripción, ¿carece esa posesión de efecto? De ningún modo; se respeta ante todo la relación posesoria creada, se presume la buena fe, y se mantiene esa posesión mientras no se pruebe que aquel estado y los derechos que supone no corresponden al poseedor.

Constituída una obligación por error, el acreedor disfruta un derecho ó lo posee, derecho que puede perder cuando se demuestra el error, y que puede adquirir en realidad ó en definitiva al extinguirse la acción por el transcurso del tiempo. La misma libertad se adquiere mediante su uso por la prescripción de la pena. Hay, pues, posesiones de derechos que no son reales. Siempre que nace viciosamente una obligación, puede decirse que existe posesión de un derecho de obligación: ¿se afirmará que carece de efecto? No, puesto que existe mientras no se demuestre el vicio de su constitución.

Añádase ahora la posesión unida al derecho y como consecuencia ó ejercicio del mismo, puesto que el art. 430 la incluye en su general concepto «disfrute de un derecho», y se comprenderá la exactitud de nuestras afirmaciones. ¿Cómo negar, sin embargo, la superior importancia y los mayores efectos que produce la posesión de los derechos reales, y sobre todo, la del dominio ó la de las cosas? Reconozcamos, pues, la extensión del precepto, y concretemos en cada disposición especial el objeto á que se contrae. El legislador parece aceptar las corrientes modernas en esta materia, y se limita á exponer la verdad de un principio, sin descender á aplicaciones aún poco estudiadas y conocidas.

CAPÍTULO II

De la adquisición de la posesión.

Dedica el Código el capítulo segundo á la adquisición de la posesión, y preciso es reconocer que los artículos 438 al 445 que

comprende no se separan de su verdadero objeto, ciñéndose escrupulosamente á la materia, pues si bien la esfera de acción del artículo 445 es más extensa, busca la ley el momento de la adquisición para resolver el conflicto que supone.

No podemos decir lo mismo respecto al orden ó método de la exposición, porque cada cuestión parece que ha sido intencionalmente dividida, resultando una mezcla rara, que obliga á abandonar un tema para ocuparse de otro, y luego de otro nuevo, y volver después á los mismos que se abandonaron. Así, el art. 438 trata de los medios de adquirir la posesión y de él son complemento ó excepciones los 440 y 444; el 439 expresa las personas que pueden adquirir, y está en íntima relación con el 443; el 440 habla de transmisión hereditaria, y vuelve á la misma cuestión, no el siguiente, como parecía natural, sino el 442; el art. 441 se ocupa de adquisiciones violentas, y se relaciona con el 444 y se complementa con el 445. Los artículos 438 al 445 parecen las letras sueltas de una palabra que el legislador se ha entretenido en descomponer, presentándolas separadas y dispersas y dando á otros el cuidado de enlazarlas. No es especial tal método de descomposición de este capítulo; también en otros ha imperado la misma idea ó la misma distracción. Por fortuna, el rompecabezas no es difícil y sólo tiene el mal de separar materias que debieran presentarse unidas.

ARTICULO 438

La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído, ó por el hecho de quedar éstos sujetos á la acción de nuestra voluntad, ó por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho.

I.—Consideraciones generales.

El art. 438 afronta valientemente el tema relativo á los modos de adquirir la posesión. La redacción de su primer inciso es bastante desdichada; pero la idea, en conjunto, resulta aceptable.

Siendo la posesión un derecho de ejercicio, la relación que envuelve es siempre visible y se prueba por sí misma. «Para demostrar la posesión de mi casa, de mi ganado, etc., dice Ihering, no tengo necesidad de probar que he adquirido la posesión; salta á la vista que poseo.» De aquí la ventajosa situación de todo poseedor que ni está obligado á exhibir su título, ni á justificar su buena fe.

Pero acabamos de ver en el art. 436 una presunción respecto al concepto en que se posee, referida al momento de la adquisición. La prescripción, por otra parte, se funda esencialmente en el tiempo, y al fijarse un término, necesario es conocer cuándo empezó. Por último, aunque el ejercicio sea el carácter distintivo de la posesión, hay casos en que de ese ejercicio se ve privado el poseedor legítimo, y como prueba del derecho á él, hay que remontarse á la adquisición; no tiene entonces á su favor las presunciones que el ejercicio como visibilidad del derecho lleva consigo; pero justificando la adquisición puede conseguirlo. De aquí la importancia de todo cuanto hace relación á la adquisición posesoria.

En su lugar nos ocupamos de la base 11, que exige que se mantengan las consecuencias de la distinción que establece, en las formas y medios de adquirir la posesión, y fácil es aquí observar que dicha base, al menos en su sentido más propio, no aparece debidamente desarrollada en el Código. Ni era cosa necesaria ni fácil de expresar, por ser en el fondo idénticos los medios de adquisición.

Pasaron los tiempos en que no se admitía más posesión que la basada en el poder físico del sujeto sobre el objeto. Espiritualizada la relación posesoria, y reconocido que la posesión significa algo más que la simple detención ó detentación, se ha ensanchado extraordinariamente el terreno que servía de base para el desarrollo de toda esta materia, y si bien no ha desaparecido la ocupación como aprehensión material, entre los medios de adquirir la posesión, á su lado y con casi mayor importancia figura el simple acto jurídico, que produce ó pudiera producir la adquisición del derecho cuyo contenido aparece ejercido en la posesión.

Ni puede decirse ésta, en absoluto, una conquista de los tiem-

pos modernos, cuando ya las Partidas presentan claras muestras de haber sido reconocida tan inevitable extensión.

Las leyes 6.ª á 11.ª del tít. 3.º de la Partida 3.ª expresan distintas formas de tradición. Nuestro Código, sin perjuicio de ocuparse de esas distintas formas en los artículos 1462 al 1464, prefiere en el 438 trazar las líneas generales ó las bases á que en resumen pueden reducirse los diversos medios de adquirir la posesión.

Ahora bien: ¿es indiferente para acreditar la adquisición de la posesión cualquiera de los medios á que se refiere el art. 438, ó habrá de atenderse á la naturaleza del objeto ó á determinadas circunstancias según los casos?

Ihering demuestra que la ocupación ó el poder físico no basta, ni debe bastar en muchas ocasiones, para que se entienda adquirida la posesión, y nosotros veremos que el acto jurídico, las formalidades legales tampoco por sí solas y en absoluto pueden llevar consigo tal resultado.

El Código no señala tres medios indiferentes, de tal modo, que baste acudir á cualquiera de ellos ó haga posible siempre la sustitución (1); tampoco exige que los tres se reunan y sólo produzcan efecto por la acumulación; cada uno de ellos será el propio y especial en determinadas circunstancias, sin que esto quiera decir que los respectivos campos estén tan perfectamente deslindados que no quepa invasión alguna: son tres imágenes cuyos contornos se confunden, tres círculos que se cortan, forman una cadena cuyos anillos se eslabonan. Hay casos en los que el medio es indiferente y casos en que se requiere un medio especial.

Sobre el art. 438 flotan dos importantes factores de la relación

---

(1) Tenemos presente que hay cosas cuya posesión no se adquiere aunque se ocupen materialmente, y otras que no se adquieren mientras no se ocupen y en las que por lo tanto no basta su sujeción á la acción de nuestra voluntad, ni acto jurídico ó formalidad legal alguna. Y aun estas formalidades legales requieren tambien á veces circunstancias especiales. Véase p. e. el interdicto de adquirir y la posesión judicial.

posesoria: la naturaleza del objeto y la intención del poseedor, intención sólo conocida por los actos ó signos exteriores que acompañen como actuales, anteriores ó posteriores al momento de la adquisición.

Entremos ya en la explicación de cada uno de los medios á que se refiere el art. 438, no sin hacer constar que esta materia fué brillantemente desenvuelta por Ihering en relación con el derecho de Roma.

Primer medio.—Ocupación material.

La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó del derecho poseído, dice el art. 438.

Basta la enunciación del precepto para observar todos sus defectos. Adquisición de la posesión de una cosa ó de un derecho *ya poseídos;* no una ocupación cualquiera, sino una ocupación *material*, y ocupación material de un derecho. Dura es la crítica de todos los comentaristas, pero preciso es confesar que merecida.

Como las palabras *tenencia* y *disfrute* que se emplean en el art. 430, sobre ser generales, parecen referirse á una posesión ya adquirida ó en ejercicio, el Código se abstuvo sin duda de usarlas. Adoptada la de «ocupación», se vió tal vez un peligro, el de confundirse este medio con uno de los modos de adquirir el dominio, definido en el art. 610, y se le adicionó la palabra *material*, que sin evitar el peligro, hizo impropia y redundante la frase. No queriendo, por otra parte, dejar ni por un momento separados como objetos de posesión las cosas y los derechos, y atendiendo á la fusión en una sola especie de la posesión y la cuasi posesión, colocó los derechos aun en el primer grupo como susceptibles de ser ocupados materialmente, y de aquí el absurdo que se nota y el principal defecto de estructura del art. 438. ¿Cabe que el derecho, objeto inmaterial aun para los que erróneamente lo consideran como cosa, sea materialmente ocupado? ¿Cabe el contacto físico de una persona con un derecho? Y no es sólo un defecto de expresión: la forma es incorrecta, pero lo más absurdo es el fondo, la idea.

El primer medio de adquisición de la posesión no puede ser ló-

gicamente aplicable á los derechos, por lo que éstos no debían citarse en el primer inciso del artículo. Cabe la ocupación ó aprehensión material de la cosa como objeto de un derecho, pero más no; y aun la aprehensión material de una cosa, como sólo signo de adquisición, sin más pruebas, ordinariamente se referirá á un solo derecho aparente, el de propiedad. Sin embargo, pase la ocupación material de la cosa objeto del derecho de que se trate, sea el que sea; pero la ocupación material del derecho, nunca.

La idea del legislador en la primera parte del art. 438 no puede ser otra que la apuntada, y más si se atiende al calificativo de material que exige en la ocupación. Uno de los medios de adquisición de la posesión de un derecho, es la ocupación de la cosa que sirve á ese derecho de objeto, la aprehensión material de esa cosa, el contacto físico con ella.

¿Esta ocupación es el modo de adquirir reseñado en el art. 609 y al cual se refieren los 610 á 617? De ninguna manera. Usa el Código esa palabra, no en su sentido jurídico, sino en su sentido general y verdadero, en su sentido usual y corriente. No piensa el art. 438 en la adquisición de un derecho fundamental, sino en la de su ejercicio; no se trata de adquirir la propiedad, sino la tenencia ó el disfrute.

¿Puede adquirirse la posesión de muchos derechos por medio de la ocupación? Ordinariamente sólo el de propiedad, y á lo más todos los que tienen por objeto una cosa material. Ni aun todas las cosas se pueden adquirir por tal medío, pues aunque casi siempre posible, rara vez produce la aprehensión material el efecto de adquirir la posesión de las cosas ocupadas y, ó nada significa si no media intención, ó supone una violencia incompatible con la adquisición de ningún derecho.

Expuesta queda en el comentario del artículo anterior la diferencia que separa á la ocupación como modo de adquirir, de la prescripción. Se adquieren por ocupación las cosas que carecen de dueño por no haberlo tenido nunca, no ser conocido, ó haber abandonado su derecho. Se adquieren por prescripción las cosas que tienen dueño, las cosas ya sujetas á una relación de propiedad aun

no rota. Como la posesión constituye la base para llegar á prescribir, se sigue de aquí que la posesión de las cosas supone también un derecho preferente en otra persona, un derecho fundamental sin ejercicio.

Ahora bien: el que ocupa por medio de la caza un ciervo, ó por medio de la pesca varias truchas, ó cumpliendo las formalidades legales un objeto perdido ó un tesoro, adquiere su propiedad y con ella el derecho de poseer lo ocupado. Pero aquí la posesión es una consecuencia natural, un accesorio, digámoslo así, del derecho que se adquiere, que es la propiedad. Ya dijimos que en tanto que los objetos ocupados no pertenecieran á nadie, se adquiere su dominio, aunque no medien las formalidades legales ó las prescripciones reglamentarias, cuya falta motivará un castigo, hasta la expropiación del objeto si aun es posible, mas no impedirá la adquisición. En cambio, si esos objetos pertenecían á alguien, como si se trata de un animal domesticado ó de una cosa mueble extraviada, la ocupación no es modo de adquirir el dominio, pero es medio de adquirir la posesión. Así, el que encontrándose una manta de viaje en un vagón, no da cuenta de ello ni publica el hallazgo, y la coge y la usa, adquiere la posesión con arreglo al art. 438, una posesión sin título y nada más, pues habrá ocupación material en sentido corriente, mas no ocupación en sentido jurídico como modo de adquirir el dominio.

Hablamos de la verdadera posesión, sin desconocer por ésto que la idea del Código no se pronuncia claramente en este sentido, pues dada la generalidad de expresión del art. 430, no resulta absurda, sino antes al contrario, aparece lógica y natural la aplicación del art. 438 á la adquisición de toda posesión, ya revele el derecho que se ejerce, y por tanto, una verdadera propiedad, ya denote una simple tenencia ó disfrute separados del derecho cuyo ejercicio simula. Y siendo esto así, ó entendiéndose de este modo, pueden incluirse en este primer grupo todas las cosas que pueden ocuparse con arreglo á los arts. 610 á 617, de los cuales tendremos lugar de tratar en el lugar correspondiente.

La aprehensión de los animales amansados hasta los veinte días

durante los cuales puede el propietario reclamarlos, la de las palomas, conejos y peces atraídos por artificio, la de los objetos arrojados por el mar á la playa, y la del tesoro buscado con intención, son casos de ocupación material suficiente para la adquisición de la posesión, aunque no para la adquisición del dominio.

El art. 1095 del Código expresa que el acreedor en general no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada. Cuando esta entrega sea material ó no símbólica ó fingida, tendremos una verdadera ocupación ó aprehensión, que motivará, según los casos, la adquisición del dominio, la de la posesión ó la de otro derecho real, y siempre la de la posesión en general de una cosa.

La ocupación material es un medio aplicable principalmente á las cosas muebles; pero posible respecto á todas las cosas. De aquí, sin embargo, no se sigue que toda ocupación motive adquisición de la posesión. El acto de coger un libro para pasar el tiempo, tomar un objeto de arte para examinarlo, recibir una prenda de vestir para que sirva de modelo, una caja para transportarla, etc., constituyen una posesión tan precaria que no merece tal nombre, porque de ordinario representa una mera tolerancia. A veces motivará, no obstante, una posesión en nombre ajeno ó en concepto de tenedor, por título de comodato, arrendamiento, etc. Por otra parte, toda ocupación verificada á pesar de la voluntad de otra persona que la resista, engendra, si se quiere, una posesión, pero posesión ilegal. El art. 444 lo expresa claramente: «Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, ó con violencia, no afectan á la posesión.» El que llegando á una finca, la recorra sin haber adquirido derecho alguno sobre ella, el segador que corta las mieses, el que con licencia del dueño deposita materiales en una finca, el que roba un objeto ó usurpa un inmueble, ejecutan actos de ocupación que ni bastan á darles verdadera posesión ni á quitarla al que la tiene.

«Para todas las cosas inmuebles, principalmente, dice Ihering, que están libres y al descubierto: campos, pastos, praderías, bosques, lagos, terrenos para edificación, esta detención corporal, ó

para hablar como Savigny, el poder físico, falta; la propiedad sobre esas cosas no se manifiesta en el estado de la cosa misma, sino por *actos aislados* del poseedor que se repiten periódicamente. Se reconoce el propietario del campo en aquel que siembra en él, etc., etc. Para la adquisición de la posesión aquí deberá exigirse la repetición no interrumpida de esos actos.» Dedúcese de aquí que la ocupación respecto á los inmuebles reviste un carácter especial, puesto que, en rigor, no basta un solo acto de aprehensión; cuando este acto aislado de ocupación se considere bastante, bien puede asegurarse que se trata de una simple formalidad, y que la verdadera causa de la posesión reside en otro acto anterior.

Véase el Real decreto de 29 de Agosto de 1893, que se refiere á terrenos desamortizables, arbitrariamente ocupados ó roturados.

Pero *¿hay casos en los cuales es necesaria la ocupación para adquirir la posesión?*

Es precisa la ocupación material en los casos referentes á la adquisición posesoria de *los animales bravíos y de los amansados que han perdido la costumbre de volver á la casa del poseedor, y al tesoro y la cosa mueble perdida,* puntos de los que hemos tratado anteriormente. Que en ellos es precisa la aprehensión, no cabe duda. Ni basta que yo hiera á una res ni que encuentre un objeto, si no los ocupo. La prioridad de mis hechos no impide la adquisición por el verdadero ocupante.

El caso de la *prenda* es indudable. Es requisito esencial en la prenda que el objeto que la constituya quede en poder del acreedor ó de un tercero (arts. 1857 y 1866); y es, por tanto, aquí necesaria la ocupación material de ese objeto para ganar su posesión, siquiera se trate de una posesión natural y en concepto de no dueño, pues cualesquiera que sean los preceptos relativos á la tradición, es lo cierto que no existe verdadera garantía para el acreedor, ni se llenan los fines que motivan la exigencia de la prenda, cuando ésta no entra materialmente en la posesión del acreedor ó de la persona que se designe de acuerdo con él.

Pero no debemos detenernos en la prenda. La misma posesión ú ocupación material es condición precisa en otros derechos moti-

vados por distintos actos ó contratos. En el comodato se presta el uso de la cosa: ¿cómo puede usarla el comodatario sin tenerla materialmente en su poder? ¿Cómo responderá el depositario de las cosas cuya guarda se le confíe, si materialmente no las ocupa? ¿Cómo se transporta un objeto si el que ha de conducirlo no lo recibe? ¿Cómo ha de obligarse un deudor á devolver lo que no le ha sido entregado?

Otro caso en el cual es precisa la ocupación, es el de *doble venta de una cosa mueble*, y éste bien merece que le dediquemos alguna más atención.

Dice el art. 1473: «Si una misma cosa se hubiese vendido á diferentes compradores, la propiedad se transferirá á la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.»

Habla el Código de adquisición de la propiedad; pero aparte de que la propiedad se adquirirá ó no según los casos (no puede adquirirse, por ejemplo, si el transmitente no es el dueño), exige el art. 1473 la existencia de la buena fe, que aunque se presuma, puede desvanecerse mediante la prueba en contrario.

El art. 1095, al cual antes nos hemos referido, tratando de las obligaciones, exige *la tradición* para la adquisición de un derecho real, conforme con el 609, que considera como uno de los modos de adquirir el dominio y los derechos reales el contrato, mediante la tradición. Hay tradición, según los arts. 1462 al 1464, no sólo cuando se pone la cosa en poder y posesión del comprador (tradición material), sino cuando se entregan las llaves del lugar ó sitio donde se encuentran almacenadas ó guardadas, cuando se ponen en poder del comprador los títulos de pertenencia, y hasta cuando se otorga escritura pública, pues el otorgamiento equivale á la entrega de la cosa objeto del contrato.

Pero el art. 1473 supone un conflicto, una colisión de derechos que no siempre puede resolverse por las reglas de los 1462 á, 1464. Se sabrá cuando hay tradición, pero si ésta no ha sido material, podrían existir dos compradores que ambos hubieran adquirido derecho real sobre el objeto, cosa imposible, porque sólo en

uno de ellos puede reconocerse esa adquisición, ya que debe llevar consigo todos los derechos posibles sobre el todo de ese objeto. Si A. vende á B. una partida de trigo en documento privado, y despues la vende á C. entregando á éste las llaves del almacén, se comprende que C. únicamente adquiera, porque respecto á B. no hubo tradición, y sin tradición el derecho real no se adquiere (artículo 1095). Lo mismo ocurriría tratándose de una finca vendida á uno por escritura pública y á otro verbalmente.

Ahora bien: A. vende el trigo á C. y despues á B., á ambos por escritura pública ó dando á cada uno de los compradores una llave. Este es el caso del art. 1473. Hay doble tradición: ambos compradores debieran adquirir, y como esto no es posible, la ley resuelve á favor de aquel que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe. Estamos conformes con el parecer de un distinguido comentarista; aquí la toma de posesión es la aprehensión material, *la ocupación* del objeto comprado; no puede entenderse de otro modo el párrafo primero del art. 1473. «La ocupacion de la cosa mueble vendida á diferentes compradores es el modo adquisitivo único que por su realidad física puede zanjar con caracteres de fijeza la contienda de los que aleguen dominio sobre el objeto vendido.» Tratándose de inmuebles, si no media inscripción en el Registro, la regla es la misma, segun el párrafo tercero del mismo artículo. Casos son estos de aplicación necesaria del primer medio que para la adquisición de la posesión señala el artículo 438, porque así lo dispone la ley.

Seános lícito, sin embargo, separarnos del parecer del comentarista aludido en lo relativo á la justicia y á la pretendida necesidad de lo resuelto por el Código en el art. 1473, al «propósito laudable» en que se inspira. El que vende una cosa se desprende en absoluto de todo derecho sobre ella, y si media tradición (escritura pública, por ejemplo) esos derechos pasan al primer comprador; si después ese mismo vendedor vuelve á enajenar, dá lo que no es suyo, transmite con el mismo derecho con que podría hacerlo un tercero cualquiera; la segunda venta no debiera surtir efecto alguno. Pase que, *al no mediar contienda*, el primer ocupante, el primero

que la tenga materialmente en su poder, adquiera la *posesión*; esto es natural y lógico; pero al mediar contienda, la justicia lo que exige es que se dé preferencia al título más antiguo, como que desde él, el transferente dejó de ser dueño. No dudamos que el artículo se ha inspirado en las ideas siguientes: el que primero toma posesión demuestra mayor interés por ser propietario; la posesión es además el signo más fijo del derecho, y no admite, como hecho, duplicidad alguna; hay conflicto, pues en la duda resuélvase por lo que se ve con más relieve, por lo más material. Pero la justicia no es mas que una, y si fuese la que aparece en el artículo 1473, sin más que extender á todo la misma idea, el propietario debía *siempre* retirarse vencido ante la material ocupación de un poseedor. Con tal criterio puede resolverse una cuestión de posesión y aun eso provisionalmente, nunca una cuestión de propiedad.

Dice Ihering, aludiendo á un caso análogo al que nos ocupa, á la necesidad de la tradición material en el derecho romano: Era hoy el día fijado para la tradición: el precio de la venta está pagado; el vendedor ha declarado querer transmitirme la propiedad y la posesión. Ayer todavia me encontraba yo sobre el fundo; pero hoy el paseo me molesta y lo dejo para tiempo mas oportuno. El vendedor se aprovecha de esta circunstancia, y en el intervalo revende dolosamente el fundo á otro que, más avisado que yo, se traslada á él, incontinente. ¡Será este otro quién..... haya adquirido la posesión y la propiedad! ¿No es eso dar á la pura forma rígida (á la materialidad grosera, en el caso del art. 1473) un valor que no tuvo sino en la época de la antigua jurisprudencia romana, y que ha perdido más y más con el consiguiente desenvolvimiento del derecho?.... Y en este pasaje se refiere Ihering á una venta verificada sólo por la voluntad, que antes no constituía forma alguna de tradición; ¿qué diría si esa tradicion hubiera tambien tenido efecto con arreglo á los preceptos del mismo Código, que después de tanto espiritualizar, coloca sobre todo el hecho material y grosero de la ocupación?

Hemos visto que se incluye entre aquellos casos en los cuales la ocupación material es requisito indispensable para la adquisición

posesoria, la *tradición simbólica,* como equivalente á esa ocupación.

Este caso no puede lógicamente colocarse al lado de los demás. Cuando el Código sólo admitiese como medio de adquisición de la posesión, la tradición ú ocupación de las cosas, sería natural comprender como equivalente la tradición simbólica, y aun todas las especies de tradición fingida. Expresando el Código otras especies ó medios de adquisición, y exigiendo para el primero la ocupación *material,* es indudable que donde esta ocupación material no exista, tampoco existirá el primer medio de adquisición posesoria. La tradición simbólica sujeta las cosas á la accion de nuestra voluntad, luego este medío constituye el lugar propio y adecuado de esa tradición. Solamente pueden presentarse como casos de tradición fingida que envuelven ocupación ma-erial la tradición *brevi-manu* y la *constitutum possessorium.*

La tradición *brevi-manu* tiene lugar cuando el que posee la cosa por título que no es de dominio, sigue poseyéndola en lo sucesivo en virtud de un título de esta clase.

La tradición *constitutum possessorium* se realiza en el caso contrario, cuando el dueño la enajena y sigue, sin embargo, poseyéndola por otro título que el de dominio, como el de depósito, prenda, arrendamiento, etc.

A estos medios alude la última parte del art. 1463, y al último la ley 9.ª del título 30 de la Partida 3.ª En ambos casos, la cosa obraba ya en poder del adquirente al tiempo de la enajenación ó de la constitución del derecho.

Tampoco es caso necesario de ocupación el que se refiere á los menores é incapacitados, como veremos en el art. 443.

La ocupación de un inmueble perteneciente á personas ausentes, y todos los casos análogos en los que no medie violencia, ni permiso ó mera tolerancia, sirven para adquirir una tenencia que el transcurso del tiempo y la falta de oposición de los propietarios pueden convertir en verdadera posesión.

Por último, y refiriéndonos á los derechos, toda vez que, incluídos en la primera parte del art. 438, no podemos desentender-

nos de ellos, como medio análogo al de la ocupación en las cosas, existe el uso, al cual se refiere el art. 1464. La *cuasi tradición*, inventada para hacer posible la *cuasi posesión*, representa, como expresa Sánchez Román, la misma esencia jurídica que la tradición y puede definirse: «el ejercicio del derecho por parte del adquirente y la aquiescencia por la del transmitente», ó como dice el artículo 1464, el uso que haga de su derecho el comprador consintiéndolo el vendedor. Preciso es confesar que ese uso ó ejercicio, salvo casos excepcionalísimos, requiere actos anteriores que serán la verdadera causa ó el medio eficaz de adquisición de la posesión.

Segundo medio.—La sujeción de la cosa ó el derecho á la acción de nuestra voluntad.

Vasto campo presenta este medio á la adquisición posesoria, pues en realidad todos los modos de adquirir pueden reducirse á él, y deben producir ese resultado.

Mas si bien esto es cierto, también lo es que, constituyendo la sujeción de la cosa ó el derecho á la acción de nuestra voluntad, en el art. 438, un medio separado de la ocupación material, y de la serie de actos y formalidades legales establecidas para adquirir, debemos prescindir en su examen de todo cuanto sea propio y especial de los otros medios. La ocupación prodnce el *efecto* de sujetar las cosas á la acción de nuestra voluntad. Los actos y formalidades legales pueden producir el mismo *efecto*; mas la ley expone sin duda, no un *efecto* general de la adquisición posesoria, sino una *causa* ó medio especial de adquirir. No hay ocupación material, ni existen actos previos ó formalidades legales: ¿no puede entonces adquirirse la posesión? Claro es que sí. Pues á ese medio, que no es de ninguna de las clases expresadas, de existencia real, indudable é independiente, puesto que no necesita de los demás, se refiere el Código en la segunda parte del art. 438.

Huelga, por consiguiente, toda inclusión en este medio de adquirir de lo que sea propío de otro grupo. Los actos jurídicos, por sí solos, no sirven para adquirir posesión.

La donación, la sucesión, el contrato, son actos jurídicos, que se comprenden, si acaso, en el tercer medio de adquisición que señala el art. 438, y ésto nos mueve á no aceptar la doctrina de los comentaristas que incluyen esos actos en este lugar. Dicho artículo habla del *hecho* de quedar las cosas sujetas á la acción de nuestra voluntad, no de actos jurídicos que puedan producir el mismo efecto. Alude el segundo medio á la intención que ciertos hechos representan y que, sin ocupación material, suponen tambien la voluntad de adquirir la posesión de las cosas ó de los derechos.

No encontramos nada mejor para explicar este medio de adquisición que trasladar aquí varios párrafos de la obra de R. von Ihering «Teoría de la posesión»:

«Es un error asentar la adquisición de la posesión *sólo sobre el acto de aprehensión* del poseedor; porque así no se puede evitar la condición de la presencia del poseedor cerca de la cosa, á menos que no se prefiera, como Savigny, pasar adelante sin inquietarse por ello. Un fabricante de ladrillos lleva, cerca de mi edificio, los ladrillos que yo le he pedido; aquel que me ha vendido el abono lo ha transportado á mi campo, el jardinero conduce los árboles á mi jardin; ¿es necesario que yo vea esas cosas para adquirir la posesión? De ninguna manera; como yo no necesito ver el tonel de vino que se descarga en mi ausencia en el vestíbulo de mi casa ó el paquete de libros que se ha depositado en mi despacho. ¿Se dirá que para adquirir la posesión de los huevos puestos por mis gallinas ó mis palomas es preciso que yo los vea?....

»En todos estos casos, á los cuales es preciso añadir el de la ocupación de la caza y de la pesca, mediante trampas y redes, y la adquisición de la posesión y de la propiedad por el propietario del rebaño, sobre las cabezas reemplazadas por el usufructuario, la posesión nace, pues, en ausencia y sin la aprehensión del poseedor suponiendo en él la voluntad de adquirir. ¿Esta voluntad debe probarse? No, ciertamente. La relación de hecho encierra en si misma la presunción de la voluntad del poseedor..... Despues de las consideraciones, en las cuales me he detenido antes, no tengo necesidad de insistir sobre la relación íntima que existe en estos

casos citados, entre la cosa que se adquiere y la manera de adquirirla. Yo adquiero inmediatamente la posesión del abono que ha sido llevado durante mi ausencia á mi campo, pero no adquiero la posesión del tonel de vino que locamente hice descargar en aquel sitio. El cazador se hace poseedor de la caza, pero no del pañuelo que encuentra en su trampa, y de que yo adquiera la posesión de las cosas inanimadas que han sido depositadas en el vestíbulo de mi casa, no se sigue que yo adquiera la del canario ó el mono que en ese mismo vestíbulo fueron puestos en libertad natural por el mensajero que me los llevaba y que no encontró á quién entregarlos. La posición de la cosa, que debe proporcionarme la posesión, debe ser la que habitualmente tienen en la vida las cosas de la misma especie.....

»En lugar de ese punto de vista (el de la aprehensión material) hemos presentado otro que es decisivo, y que designaremos con las palabras *comprobación del hecho de la intención de ser propietario.* Llega á ser poseedor, conforme á esto, aquel que ya ha puesto ó hace poner la cosa en una posición que corresponda á la propiedad, y que de este modo le señala como pretendiente á la propiedad.»

Ahora bien: en todos los casos citados por Ihering, ó en la mayoría de ellos, ha de existir previamente un acto ó contrato celebrado por el poseedor; pero ese acto ó contrato no es propiamente el medio de adquirir la posesión, puesto que por sí solo nada significa y ha de hallarse seguido de la tradición, si no de la material, que constituye el primer medio ó la ocupación, de la fingida, que en cualquier forma que se verifique debe ser causa de que la cosa ó el derecho queden sujetos á la acción de nuestra voluntad.

Comprende el segundo medio de adquisición de la posesión, la tradición fingida en sus especies nombradas de antiguo, *simbólica* y *longa-manu.* Esta última se verifica por la designación que hace una persona á otra de la cosa que se transmite hallándose ésta á la vista.

La tradición simbólica se halla reconocida en el Código en los

arts. 1463 y 1464. La entrega de las llaves del lugar ó sitio donde las cosas muebles se hallan almacenadas ó guardadas, y el hecho de poner en poder del adquirente los títulos de pertenencia de una finca, son casos de dicha tradición. El inquilino que recibe las llaves de la casa que ha arrendado; el corredor que recibe las de un almacén ó una cámara donde se guarda el grano que ha comprado: el legatario que recibe la escritura de compra por el testador de la cosa ó finca legada, tal vez en un testamento inválido, sujetan sin duda la cosa ó el derecho adquirido á la acción de su voluntad.

Por lo demás la entrega de un símbolo, claro es que lo mismo puede motivar la adquisición de la posesión de una cosa que la de un derecho, y por tanto, que este medio es realmente aplicable á ambos objetos de posesión.

Y aun va el Código más allá en su tarea de prescindir de fórmulas y atenerse á la realidad. Por el solo acuerdo ó conformidad de las partes, si la cosa vendída no puede trasladarse á poder del comprador en el instante de la venta, queda verificada la tradición de los bienes muebles, según el art. 1463. La sola voluntad de las partes es, pues, bastante, sin aprehensión ni fórmula alguna, para que se considere adquirida la posesión. Y aquí, como en los casos anteriores, no hay acto propio ó formalidad legal establecida para adquirir el derecho, pues si bien la ley acepta la virtualidad de esos hechos y reconoce su eficacia, no han sido por ella establecidos, sino por la voluntad ó la intención de los interesados. Son hechos que sirven de causa para la sujeción de las cosas á nuestro poder. No puede decirse lo mismo del otorgamiento de escritura pública, ó interdicto de adquirir la posesión, formalidad legal ó acto propio que motívará tambien la adquisición, pero en grupo independiente, pues obedecen á una exigencia de la ley, casi siempre contraria á la voluntad de los interesados.

Prescíndase en los casos expresados de todo acto ó formalidad legal, puesto que no es, en rigor, necesaria la exteriorización en forma alguna solemne, ni el acto jurídico por sí solo puede motivar adquisición; atiéndase solamente á la intención de las partes ó á

la del adquirente; no se vea el efecto sino la causa, el medio de poner la cosa ó el derecho á disposición del poseedor, y por tanto bajo la acción de su voluntad, y se verá del todo independiente y verdadero un medio de adquisición, que ni consiste en la ocupación material, ni en formalidades y actos legales que puedan estimarse necesarios. Tal es el segundo medio expresado en el artículo 438.

Tercer medio.—Actos propios y formalidades legales.

«Al trazar en breves líneas, dice un distinguido comentarista, el croquís del capítulo que estamos estudiando, hubimos de manifestar que, en nuestro sentir, este tercer modo adquisitivo no debió ser considerado por los legisladores como tal, toda vez que se refunde en alguno de los dos que le anteceden.»

Son actos propios para adquirir el derecho de posesión, como cualquier otro derecho real, los modos expresados en el art. 609, prescindiendo de la ocupación y de la prescripción, puesto que ésta supone una larga posesión anterior, y aquélla, como aprehensión material, forma otro medio adquisitivo separado respecto á dicha posesión. La donación, la sucesión testada ó intestada, el contrato en todas sus especies, son actos jurídicos que pueden motivar la adquisición, mas la prueba de esta adquisición supone la del título y no valdrá en muchos casos contra otro poseedor que ocupe actual y materialmente los bienes, ó los tenga á su disposición ó sujetos á la acción de su voluntad. Sirva de ejemplo el art. 445, según el cual, si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores, el más antiguo, y sólo si las fechas de las posesiones fueren las mismas, será preferido el que presente título. Recuérdese tambien lo expuesto sobre el art. 1473; no faltará ciertamente acto jurídico, y aun muchas veces título como documento al adquirente postergado; sin embargo, de nada le sirve contra el que materialmente haya sido de buena fe el primero en la posesión. No sabemos si á los expresados actos ó modos de adquirir alude el art. 438: es cosa que no la encontramos clara. Por tal medio abstracto, si á él no

acompaña la ocupación, ó la sujeción de las cosas ó derechos á la acción de nuestra voluntad, que serán en su caso los verdaderos medios de obtener la posesión, nada se consigue.

Sobre adquisición posesoria en virtud de herencia, veánse los arts. 440 y 442.

La posesión judicial ó administrativa, el interdicto de adquirir, la ejecución de sentencia y el otorgamiento de escritura pública, son actos propios ó formalidades legales establecidas para adquirir la posesión, que deben incluirse en el tercer grupo de medios adquisitivos señalados en el art. 438.

Podemos señalar en primer término el otorgamiento de *escritura pública*, medio aplicable, lo mismo á los bienes muebles é inmuebles, que á los derechos, según los arts. 1462, 1463 y 1464, formalidad establecida por la ley, acto propio para adquirir la posesión, puesto que equivale á la entrega ó cuasi entrega del objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare ó se dedujere claramente lo contrario.

Casos hay en los cuales la escritura es formalidad indispensable para la validez del acto. Así ocurre en la donación de inmuebles (art. 633), la constitución del censo enfitéutico (art. 1628), la sociedad civil á que se aporten bienes inmuebles (art. 1667), las capitulaciones matrimoniales (art. 1321), la hipoteca (artículo 1875), etc.; pero esto es indiferente á nuestro objeto, primero, porque como formalidad legal suponemos que existe en prueba de la tradición, y segundo, porque la donacion, el censo, la sociedad, como actos, existen aun sin la escritura, falta que motivará la no adquisicion del derecho verdadero, pero que si hay tradicion en cualquier forma, no estorbará la de la posesion.

Las resoluciones judiciales definitivas ordenando la entrega de una cosa determinada, son actos que pueden servir de fundamento á la adquisicion de la posesión. Si no se respetan, se procederá á su ejecución con las formalidades legales, poniendo á la persona á cuyo favor se dictaron en posesión de la cosa cuya entrega se ordenó, ó sobre la cnal se declaró el derecho. Véase el art. 926 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Las formalidades legales que llevan consigo la posesión judicial, la posesión administrativa y el interdicto de adquirir, constituyen también, como queda dicho, formas especiales que deben ser incluídas en el grupo que examinamos.

Según los arts. 2056 al 2060 de la ley de Enjuiciamiento civil, para que pueda decretarse la *posesión judicial* de una ó varias fincas que no se hayan adquirido por título hereditario, el que pretenda obtenerla la solicitará del juez, acompañando: 1.° El título en que funde su pretensión, inscrito en el Registro de la propiedad. 2.° Una certificación expedida por el encargado de dicha dependencia, de la cual resulte que en aquella fecha el solicitante tiene, respecto á la finca ó fincas comprendidas en el título que presenta, y cuya posesión pida, el carácter con que la solicita.

Si el juez encuentra el título suficiente, dictará auto mandando dar la posesión sin perjuicio de tercero de mejor derecho. La posesión se dará por medio de un alguacil del Juzgado, asistido del actuario, en cualquiera de los bienes de que se trate, en voz y nombre de los demás, requiriendo á los administradores, colonos ó inquilinos que se designen para que reconozcan al poseedor, y extendiéndose diligencia del acto de la posesión y de los requirimientos verificados.

Téngase presente que se trata de un acto de jurisdicción voluntaria; que la verdadera eficacia del procedimiento consiste, lo mismo que en el interdicto de adquirir, en que nadie posea como dueño ó como usufructuario los bienes cuya posesión se solicita, y que si alguien se presenta oponiéndose, ha de hacerse contencioso el expediente. Esto explica la poca ó ninguna frecuencia con que se acude á este procedimiento. El que ostente un título inscrito en el Registro de la propiedad y no tiene que temer oposición, no necesita recurrir á ese medio; toma posesión por sí mismo, ó á lo más, acude al juicio de desahucio, si procede y lo necesita.

La *posesión administrativa* es también formalidad legal en ciertos casos especiales. Véase el reglamento sobre expropiación forzosa de 13 de Junio de 1879, art. 70, y el del ramo de Guerra de 10 de Mayo de 1881, art. 57, la incautación de fincas por el Esta-

do ó por los ayuntamientos á consecuencia de apremios administrativos, etc.

Por último, el *interdicto de adquirir la posesión*, es también una forma típica de aplicación á la materia que examinamos.

Se ocupan de esta materia los arts. 1633 al 1650 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Se aplica este interdicto á los bienes adquiridos en virtud de herencia, y por cierto no se comprende bien la razón de esta diferencia en el procedimiento según el título del poseedor, y más conveniente sería dar unidad á lo que en el fondo es lo mismo y susceptible de adaptarse á reglas idénticas.

El interesado debe presentar en el Juzgado un escrito solicitando la posesión, acompañar copia fehaciente de la disposición testamentaria del finado y partida de su defunción, ó testimonio del auto de declaración de herederos, y justificar por información testifical que nadie posee los bienes en concepto de dueño ó de usufructuario.

Según el resultado de la información, y el contenido de los documentos presentados, el juez dicta auto, otorgando sin perjuicio de tercero de mejor derecho, ó denegando la posesión solicitada. Si se otorga, se procede al cumplimiento del auto, en la misma forma expuesta respecto á la *posesión judicial*. Esta posesión es sólo interina ó provisional, y termina el primer período del interdicto.

Dada la posesión, el juez dispone que el auto se publique por edictos, que se fijarán en los sitios acostumbrados del pueblo en que residiere el Juzgado, y se insertará en los periódicos de él, si los hubiere, y en el *Boletín oficial* de la provincia, para que los que se crean con derecho á reclamar contra la posesión, lo verifiquen en el término de cuarenta días.

Si nadie se opone en dicho término, se ampara en la posesión al que la hubiere obtenido, quién podrá inscribir su derecho presentando un testimonio del auto por virtud del cual ha sido amparado en su posesión.

Si se han presentado reclamaciones, el juez, pasados los cuarenta días, dará traslado de ellas al poseedor para que conteste, y

después oirá á las partes en juicio verbal, admitiendo y practicando en el mismo acto las pruebas que estime pertinentes, y dictando sentencia en el término de tercero día, bien amparando en la posesión al que la obtuvo anteriormente, bien mandando darla al reclamante que justificare mejor derecho.

La sentencia es apelable en ambos efectos, y una vez que adquiera el carácter de firme, se procede á su ejecución, bastando para inscribir, un testimonio de dicha sentencia con expresión de las fincas.

Como en todo caso se trata de la posesión, y ésta siempre se otorga sin perjuicio de tercero de mejor derecho, puede siempre intentarse después la acción de propiedad.

En otro lugar nos hemos ocupado de la Resolución de la Dirección general de los Registros de 13 de Junio de 1893, que declara inscribible el auto ó la sentencia recaídos en un interdicto de adquirir.

Las sentencias de 16 de Abril de 1889 y 10 de Febrero de 1893 deciden, respectivamente, que el interdicto de adquirir no constituye título eficaz contra quien posee en concepto de dueño, y que el art. 1641 de la ley Procesal cierra el paso á todo juicio posesorio después del interdicto y auto amparando en la posesión, y sólo admite el juicio de propiedad.

En determinadas ocasiones el *deslinde y amojonamiento* de una heredad, ó los *apeos y prorrateos*, motivarán la adquisición de una parte de terreno antes no poseída, ó de un derecho que antes no se tenía. Véanse los arts. 384 al 387 del Código, y 2061 al 2108 de la ley de Enjuiciamiento civil.

No incluimos en este lugar la legitimación de la posesión de terrenos desamortizados roturados, objeto del art. 42 de la ley de Presupuestos de 5 de Agosto de 1893, y del Real decreto de 26 del mismo mes y año, porque supone una posesión ya en ejercicio, y la legitimación consiste en reconocer al poseedor como censatario ó como dueño, mediante el pago del precio, cuyo importe ha de satisfacerse en diez plazos, uno al contado, y nueve más en las épocas fijadas por la Administración.

Por el mismo motivo de no ser verdaderos medios adquisitivos, no tratamos en este lugar de las informaciones posesorías, remitiéndonos al comentario del art. 462 (1).

La formalidad de dar posesión en trámites de ejecución de sentencia ó en virtud del interdicto de adquirir, posesión judicial, etc., es una reminiscencia de antiguas fórmulas romanas de tradición. Se procura revestir el acto de cierta solemnidad, pero no es ciertamente el paseo, como le llama Ihering graciosamente, el que motiva la adquisición, es la ley aplicada por los tribunales. Podemos decir con este notable tratadista, que las fórmulas para dar posesión sólo sirven para comprobar la adquisición, y que lo que falta á ese acto en fuerza *real* y en eficacia, es decir, con relación á la sumisión física de la cosa, se suple mediante las circunstancias *jurídicas* que le acompañan. En éstas es donde reside toda la energia del acto; sin ellas lo que queda es un simple paseo. Si los terceros no tienen respeto para la posesión de otro, el paseo del poseedor con el alguacil, el escribano y testigos no le servirá contra ellos más de lo que pudiera servir por sí sola la resolución judicial.

Las últimas palabras del art. 438 suponen que lo que se adquiere es un derecho. Se refiere indudablemente á la posesión. Podría de aquí deducirse: 1.° Que para el Código no es siempre dicha posesión un simple hecho: 2.° Que el tercer medio que expresa debe producir la adquisición del derecho de posesión. Pero hemos visto que esto no siempre es cierto, como lo prueban los arts. 445 y 1473, que en tal caso no pospondrían el derecho al hecho. Mas verosímil es suponer que el art. 438 se refiere en absoluto á la posesión, considerándola ó nombrándola como un derecho, y alude sólo á la adquisición de una posesión no contradicha, sin prejuzgar cuestión alguna para el caso de existir conflicto ó contradicción entre varias posesiones de hecho ó de derecho, adquiridas por diversos medios.

---

(1) Sobre posesión á los compradores de bienes desamortizados, véanse los artículos 156 y 157 de la Instrucción de 31 de Mayo de 1865, la Real orden de 13 de Febrero de 1862 y el Real decreto de 10 de Julio de 1865.

ARTICULO 439

Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va á disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique.

Podemos señalar como precedentes de este artículo, las leyes 3.ª, 4.ª y 5.ª del tít. 30 de la Partida 3.ª

«Tenencia, é possession de las cosas, puede ganar todo ome por sí mismo que aya sano entendimiento», dice la ley 3.ª Añade que por él pueden adquirir posesión sus hijos y sus siervos, excluyendo entre las cosas que el hijo gana por sí mismo las pertenecientes al peculio castrense y cuasi castrense.

La ley 5.ª, citada en otro lugar, se refiere á los labradores y yegüeros, los feudatarios, usufructuarios y censatarios que adquieren para sí el derecho correspondiente, «fincando á saluo el señorío á sus dueños».

Por último, la ley 4.ª dice: «Guardador de huérfano, ó de loco, ó desmemoriado, ó de ome que fuese desgastador de sus bienes, bien puede ganar la tenencia de toda cosa que ouiere en nombre de aquel que tuuiere en guarda. Esso mismo dezimos, que si el oficial del comun de alguna cibdad ó villa, que aya á amparar ó á recabdar los derechos della, gana tenencia de alguna cosa en nombre del comun cuyo oficial es, que la gana para aquel comun cuyos bienes auia de recabdar, también como si á todos comunalmente ouiesse apoderado della.»

Por lo demás, el art. 439 se halla expresado con claridad, y como ya en el comentario del art. 431 expusimos las personas por quienes podía ejercerse la posesión, á dicho lugar nos referimos. Podríamos explanar las indicaciones allí hechas, concretándonos al momento de la adquisicion, pero la índole de estos comentarios no consiente mayor extensión.

Algunas aclaraciones, más bien que excepciones, pueden hacerse á la doctrina expuesta en el art. 439 (excepciones respecto al ejercicio de la posesion), toda vez que los menores é incapacitados pueden, por ejemplo, adquirir la posesión y no pueden ejercerla; mas esto es objeto del art. 443, y cuando de éste nos corresponda ocuparnos, examinaremos esta cuestion.

Admite el art. 439 la adquisición de la posesión por un tercero sin mandato alguno; pero exige para ello que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio, lo ratifique. Sin más que comparar esta disposición con las de los artículos 1888 al 1894, que de la gestion de negocios ajenos se ocupan, puede observarse algo de especial en el 439, pues si bien la ratificación produce, con arreglo al art. 1892, los efectos del mandato expreso, prescíndese de toda idea de utilidad y beneficio para la persona en cuyo nombre se verificó el acto posesorio, y ésta ni aprovecha las ventajas, ni responde de las obligaciones contraídas en su interés, ni tiene por qué indemnizar al oficioso tercero, á menos de no aceptar mediante la ratificación todas las consecuencias del acto, lo cual se opone al contenido del art. 1893, que constituye la regla general en la materia.

Concuerdan con el art. 439, además del 431 y el 443, como expresa Sanchez Román, todos los demás del Codigo que se refieren á supuestos de representación legal y voluntaria, tales como los 60 á 62, número 1.° del 155, 183, 229, 262, 1709, 1727, 1728, 1888 y 1892.

La posesión por otro ó en nombre ajeno sólo aprovecha á la persona representada, lo que expresa claramente la ley 5.ª, título 30 Partida 3.ª «la verdadera possessión es de aquellos en cuyo nombre se tiene el heredamiento».

Es factor esencial para la adquisición de la posesión en nombre de otro, la intención de adquirir el mandatario ó representante para su mandante ó representado. La capacidad especial de esas personas, creada por virtud del mandato ó de la representación, ha de subsistir, pues si el padre hubiera sido privado de la patria potestad ó el tutor removido del cargo, ó el apoderado tuviera

revocado su poder, sin perder dichas personas su capacidad para adquirir por sí mismos, no podrían adquirir posesión en nombre del hijo, del pupilo, ó del poderdante.

Por último, en cuanto á si en caso de duda debe estimarse la adquisición de la posesión en nombre propio ó en nombre ajeno, ya dijimos nuestra opinión en el comentario del art. 436. La solución de constituir en depósito ó guarda judicial la cosa mientras se decide la cuestión, indicada para un caso distinto en el art. 445, no satisface á ningún comentarista.

Navarro Amandi dice: «Esta solución que puede parecer más equitativa, la juzgamos enteramente ineficaz para resolver todas las cuestiones que de la posesión nacen. Podrá ser un expediente, ínterin se decide la cuestión de propiedad, pero siempre quedarán en pie las cuestiones posesorias: ¿quién ganó los frutos si la posesión era de buena fe? ¿Va á entenderse que poseía aquel á quien corresponde la propiedad? ¿Y si la propiedad pertenece á un tercero? A nuestro juicio, es preferible optar por la resolución que da el código portugués, que decide que «en caso de duda se presume que el poseedor posee en su propio nombre».

A pesar del silencio de nuestro Código, hay que aceptar, como dijimos, la presunción establecida en la mayor parte de los códigos extranjeros.

ARTÍCULO 440

La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción, y desde el momento de la muerte del causante en el caso de que llegue á adirse la herencia.

El que válidamente repudia una herencia, se entiende que no la ha poseído en ningún momento.

I.—Consideraciones generales

El Código sigue prescindiendo de toda colisión, conflicto ó contradicción sobre la posesión. Atiende á circunstancias norma

males y aplica medios que deben ó pueden producir como resultado la adquisición, sin querer por eso significar que tal adquisición sea siempre un hecho cierto é indiscutible.

El art. 440 señala un caso de adquisición posesoria que sólo tiene de especial el referirse á un solo modo de adquirir, la sucesión. Por lo demás, ni forma una excepción de las disposiciones generales, ni constituye ninguna anomalía en la doctrina de transmisión hereditaria. No diremos que sobra el artículo, porque el caracter material que acompaña de ordinario á la posesión podría hacer dudar sobre si estaba ó no incluída en la regla general; pero sí insistiremos en que no se establece ningún principio que pueda decirse propio y exclusivo de la teoría posesoria.

Hemos visto que, con arreglo al art. 1463, hay tradición en los contratos sobre bienes muebles, por el sólo acuerdo de las partes contratantes, ó como dice Ihering, la adquisición de la posesión depende de las dos circunstancias siguientes: primera, de que el propietario ó poseedor declare que transfiere sus derechos; y segunda, de que los terceros que saben que á ellos no les pertenece el objeto en cuestión, tienen el hábito de respetar la posesión.

En la transmisión por herencia median las mismas circunstancias. El poseedor ó propietario transfiere sus derechos para después de su muerte, designando la persona que ha de sucederle en la posesión, y si el mismo propietario ó poseedor no expresa su voluntad, la ley la presume designando la persona del heredero y suponiendo la realidad del acto adquisitivo por transmisión.

Según los arts. 657 y 661, «los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte»; «los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

El art. 440 no hace más que aplicar todos estos principios á la posesión. No se necesita acto alguno material. Es un caso de tradición por ministerio de la ley. Según el art. 483 del código portugués, «desde el momento del fallecimiento del poseedor, la posesión se transmite por ministerio de la ley, con los mismos efectos de la posesión efectiva, á sus herederos y sucesores.»

Nuestro Código, procediendo con lógica, subordina, sin embargo, la eficacia de la transmisión ó adquisición al hecho de que la herencia sea ó no aceptada por el heredero. Si hay adición, la posesión de los bienes hereditarios se entiende trasmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante. Si hay repudiación, se entiende que los bienes hereditarios no han sido poseídos en ningún momento por el heredero.

Las palabras herencia, heredero y bienes hereditarios prueban que el art. 440 es aplicable lo mismo á la sucesión testada que á la intestada, así como que los legatarios no se hallan incluídos en esa disposición.

Expuestas estas ideas generales, examinaremos la doctrina del art. 440.

*
* *

¿Comienza el heredero una nueva posesión?—La posesión de los bienes hereditarios se entiende *transmitida* al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante.

No entendemos bien lo que quiere afirmarse por algunos al decir que, en caso de herencia, la posesión comienza en el heredero. Si con ello pretende sostenerse que la posesión del causante debe borrarse como no existente ó no eficaz, ó que la posesión del heredero es distinta é independiente de la del testador, estamos conformes en que esta idea es absurda. Si quiere expresarse que hay pérdida de posesión por uno y adquisición por otro, y que las cualidades de la anterior posesión no serán siempre idénticas á las de la posesión actual, no puede negarse que se enuncia mal una idea verdadera.

Usa el Codigo la palabra *transmitir*, y lo que se transmite no nace, sino que supone un cambio de sujeto en una relación jurídica preexistente, una tradición, una persona que se desprende de un derecho y otra que lo adquiere. ¿Quién adquiere en el caso del art. 440? El heredero. No hay que olvidar que el Codigo se está ocupando de la adquisición de la posesión y que su principal ob-

jeto es hacer constar que por la muerte del causante y desde ese momento, sin acto alguno material de ocupación, los bienes hereditarios se adquieren por el heredero si admite la herencia. El empleo de la palabra transmitir no prueba nada en contrario. El heredero *continúa* la posesión de su causante; pero ¿tiene esto algo de especial?

¿Comienza la posesión en el comprador ó en el donatario? No tal; por la compraventa ó la donación, si media tradición, hay tambien transmisión, y la posesión de los bienes comprados ó donados pasa á otra persona; hay pérdida y adquisición; hay cambio de sujeto, pero nada mas. Se trata de títulos derivativos, de relaciones jurídicas preexistentes: el donatario ó el comprador *continúan* tambien la posesión de sus causantes: donante ó vendedor.

¿Qué diferencia existe, pues, cuando se trata de herencia? Que en un caso de tradición se verificará, por el otorgamiento de la escritura, la entrega material, la de las llaves ó títulos, ó por el mutuo acuerdo y á partir de esos actos, y en el otro la tradición se verifica por la muerte del causante y á contar desde ese momento. Que en un caso, á no mediar una condición suspensiva, nada hay que fingir porqué el consentimiento mutuo es simultáneo, y en el otro la ley espera á que el heredero acepte la herencia, y una vez aceptada, finge que ha estado poseyendo sin interrupción en todo el período comprendido desde la muerte del causante hasta la aceptación del adquirente.

El que un poseedor sea de buena fe y otro de mala fe, solo prueba que dicha buena ó mala fe no constituyen la esencia de la posesión, sino que son cualidades subjetivas que pueden ó no existir idénticas en los adquirentes y transmitentes.

La posesión sólo nace ó comienza cuando antes no ha existido, como ocurre con un título originario; pero aun entonces lo que comienza no es una posesión con existencia propia é independiente, es una posesión accesoria, consecuencia del dominio.

¿No tiene, pues, la herencia nada de esencial que la separe de cualquier otro acto jurídico? La herencia, en general, sí: la posesión de los bienes hereditarios, no.

Nos explicaremos.

La muerte de una persona no rompe las relaciones jurídicas creadas durante su vida. La ley finge que la personalidad del difunto subsiste y continúa en sus herederos. Estos son, pues, los sucesores de todos los derechos y de todas las obligaciones del causante. En los demás actos no ocurre lo mismo: la universalidad de bienes de una persona puede transmitirse en virtud de un contrato, y el adquirente sucederá en la posesión de los bienes; pero no por eso confundirá su personalidad de tal modo con la del transmitente que haya de responder de todas sus obligaciones y compromisos: responderá de todas las cargas que especialmente afecten á los bienes transmitidos; pero en lo demás, sólo de las que voluntariamente acepte.

Pero la posesión de los bienes es independiente de las obligaciones y de los derechos que radiquen en el heredero como continuador de la personalidad jurídica de su causante. Si el heredero acepta la herencia á beneficio de inventario, no es verdadero continuador de esa personalidad; sus derechos no se confunden con los del testador, ni responde de todas sus obligaciones, ni pierde ninguno de los derechos ó acciones que tuviere contra el difunto; no es una sola personalidad continuada, son dos personalidades con existencia propia é independiente. Sin embargo, hay transmisión y continuación de posesión en los bienes hereditarios desde el momento de la muerte del causante. Esto prueba que se trata de cosas diferentes, y que la posesión de los bienes hereditarios puede existir con independencia de la continuación de la personalidad del difunto.

Suministra otra prueba la adquisición de los legados puros específicos. No están comprendidos en el art. 440, pero obedecen á la misma regla, siguen idéntica forma de transmisión ó adquisición por el legatario. Véanse los arts. 882 y 883 del Código. El heredero ó la persona gravada con el legado hará la entrega; pero no es esta entrega la que determina el momento de la adquisición, sino el fallecimiento del testador, desde cuyo instante, según el artículo 882, adquiere el legatario, si acepta, la propiedad y la pose-

sión de la cosa legada. El legatario, sin embargo, no continúa la personalidad jurídica del testador.

¿Cuál es la razón de ese medio especial de transmisión? La necesidad de que no se suspenda ni un momento la posesión, que los bienes no se hallen en ningún tiempo sin poseedor propio. En los demás casos de transmisión, ordinariamente no hay tampoco pérdida de momento, es simultánea la pérdida y la adquisición, se continúa la relación existente. En caso de herencia, la transmisión se ha hecho para después de la muerte; y al ocurrir la muerte es cuando tiene efecto la adquisición, ni podría ser de otro modo, porque el difunto no puede continuar poseyendo. Los bienes hereditarios comprenden las cosas y los derechos pertenecientes á la herencia, pero no las obligaciones, que no son objeto de posesión. Que al efecto de que las relaciones jurídicas creadas en vida por el causante no desaparezcan al morir ó extinguirse su personalidad física, finja la ley que el heredero es el mismo testador ó representa la misma personalidad jurídica, es una circunstancia bastante independiente, que no debe confundirse de modo tan esencial con la doctrina de la adquisición posesoria, que haya de prescindirse por completo de la transmisión, y suponerse que el título del adquirente no es distinto al de su causante, que no hay cambio alguno, que el poseedor actual es una figura decorativa, un maniquí cuya personalídad queda absorbida por su cualidad de heredero, de tal manera, que si violenta era la posesión del causante, violenta sigue siendo la suya; si aquel tenía mala fe, mala fe debe tener forzosamente el heredero. Buena es la ficción, pero ni debe ni puede llevarse tan lejos.

Entre los bienes que A. poseía, figuraba una dehesa, que en virtud de su testamento, debía recaer en su heredero B. Este, como heredero, continúa la personalidad jurídica de A., y para hacer efectivo un crédito personal de C., se embarga la dehesa al heredero. Este es el efecto de la ficción legal. B. representa á A., es el mismo A., y responde por eso de las obligaciones que el causante había contraído; pero ¿qué tiene eso que ver para determinar el momento de la adquisición de la posesión de la dehesa por el he-

redero? Ese momento en todas las transmisiones por causa de muerte, tratándose de cosas determinadas, tiene que ser el del fallecimiento, porque para ese momento se dejan y desde ese momento cesa la anterior posesión. Cuando las cosas no son determinadas, como en los legados de género ó de cantidad, la cantidad ó el género entran en el cuerpo de la herencia, y no cabe hablar de posesión por el legatario respecto á cosas que no son ciertas ni determinadas hasta que se realiza la entrega; y sin embargo, siendo el legado puro, aun se adquiere el derecho á él desde el momento de la muerte del testador, con arreglo al art. 881.

Las anteriores indicaciones sirven de núcleo común al artículo que comentamos y al 442.



Aceptación y repudiación de herencia.—Sus efectos en la adquisición de la posesión.—Ahora bien: la ley subordina la adquisición á la voluntad del heredero de aceptar ó repudiar la herencia, aceptación ó repudiación que constituyen el hecho incierto de cuyo cumplimiento depende el nacimiento del derecho que se transmite, ó su extinción. Hay una condición suspensiva y sus efectos son idénticos á los de todas las condiciones de igual clase.

Los efectos de la aceptación y de la repudiación, dice el artículo 989, se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda. Si la herencia se acepta, la condición queda cumplida y la adquisición se retrotrae á la fecha de la muerte. Si la herencia se repudia, la condición falta, el derecho se extingue y se presume que no ha existido jamás.

Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará á los suyos el mismo derecho que él tenía (art. 1006); disposición conforme con la del art. 799.

Repudiada la herencia, se abre la sucesión legítima (núm. 3.º del art. 912), y á los herederos abintestato pasa la facultad de aceptarla.

La aceptación de la herencia ó su repudiación no puede hacer

se en parte, á plazo, ni condicionalmente (art. 990), salvo el beneficio de inventario. Pueden aceptar ó repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes (art. 992).

La aceptación pura y simple puede ser expresa ó tácita. Expresa es la que se hace en documento público ó privado. Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, ó que no habría derecho á ejecutar sino con la cualidad de heredero (art. 999).

La repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público ó auténtico, ó por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaría ó del abintestato (art. 1008).

No hay plazo fijo para la aceptación, así que, por regla general, es válida y eficaz mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia (art. 1016). Sin embargo, instando en juicio un tercer interesado para que el heredero acepte ó repudie, deberá el juez señalar á éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración: apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada (art. 1005).

II.—Cuestiones

A.—*¿Quién posee los bienes desde la muerte del causante hasta la aceptación de la herencia?*—Desde el momento de la muerte del causante hasta el de la aceptación expresa ó tácita de la herencia, media cierto espacio de tiempo: ¿cuál es en ese período la situación legal de los bienes hereditarios? Los bienes estarán en administración con arreglo á los arts. 1020 y 1026, teniendo en cuenta que según el último párrafo del 999, los actos de mera conservación ó administación provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título ó la cualidad de heredero; pero lo mismo en estos casos normales que en los especiales á que se refieren los arts. 801 á 804 y 965 á 967, la posesión de los bienes hereditarios es una posesión *alieno nomine*, una posesión en nombre del heredero ó herederos, que no impide el empleo de los interdictos en caso necesario, puesto que para ello basta la simple

tenencia, ni estorba la adquisición del dominio ó de otro derecho real sobre los bienes por prescripción, según claramente preceptúa el art. 1934, y si los bienes se reclaman y obtienen por un tercero, dejan de pertenecer á la masa hereditaria.

Aceptada la herencia, rige el principio del art. 440, aunque permanezca proindiviso entre los coherederos. Otra ficcion especial, la del art. 450, completa la doctrina. Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión.

Si la posesión *efectiva* de todos ó algunos de los bienes, hubiese sido realizada por un heredero incapaz de suceder (art. 760), este heredero estará obligado á restituírlos á los herederos capaces que hayan aceptado la herencia, con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que hubiese percibido.

Fuera de este caso especial, el heredero, como otro cualquier adquirente, se halla en la misma situación, respecto á los bienes cuya posesión se le transmite, que su causante; y las cuestiones que puedan suscitarse en cuanto al hecho de la posesión, habrán de resolverse con el criterio del art. 445, ó en su caso, por virtud de los preceptos de los 441, 444, 446, etc.

La sentencia de 22 de Diciembre de 1860 declara que, aunque el testador no posea aún una cosa á su fallecimiento, transmite á sus herederos el derecho que á ella tenga.

B.—*Aplicación del art. 440 al caso de presunción de muerte.*— Según el art. 191, pasados treinta años desde que desapareció el ausente ó se recibieron las últimas noticias de él, ó noventa desde su nacimiento, el juez, á instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

La sentencia de presunción de muerte equivale al hecho real y efectivo de la muerte, y desde ese momento la posesión de los bienes hereditarios ha de entenderse transmitida á los herederos, según el art. 440; no cabe duda que desde ese momento, y mediante la aceptacion, los herederos poseen en nombre propio.

Si el ausente se presenta, ó sin presentarse, se prueba su exis

tencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, pero no podrá reclamar frutos ni rentas (art. 194). Aquí no hay retroacción alguna. La posesión en nombre propio de los herederos se extingue y pasa al ausente ó presunto muerto; los herederos son poseedores de buena fe, y al restituir los bienes, como tales han de ser considerados, á menos de probarse que no ignoraban la existencia del ausente.

La sentencia declarará la fecha desde la cual se presume la muerte, y á esa fecha se atenderá para determinar las personas que tengan derecho á la herencia y el momento de la adquisición. Hasta este momento, los administradores poseen en nombre del ausente, y desde él hasta la aceptación ó ejecución de la sentencia, en nombre de los herederos.

C.—*¿Cuándo pasa la posesión á los acreedores, en el caso del art. 1001?*—Es otra cuestión referente á este artículo la disposición del art. 1001. «Si el heredero, dice éste, repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. La aceptación sólo aprovechará á los acreedores en cuanto baste á cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará á las personas á quiénes corresponda segun las reglas del Codigo.»

Por la aceptación de los acreedores, ¿se entenderá transmitida á éstos la posesión de los bienes hereditarios? «En manera alguna, contesta un célebre comentarista: 1.°, porque la aceptación de los acreedores no es personal y por propio derecho sucesorio, sino en nombre del heredero que repudió la herencia; 2.°, porque no surte el efecto de las sucesiones á título universal, ó sea la continuación por el heredero de la personalidad del difunto, sino que se contrae á un fin económico privativo, cual es el de resolver ó extinguir por el pago obtenido en dicha forma la obligación ó el crédito pendiente; por esto dice el Código: «La aceptación sólo aprove»chará á los acreedores en cuanto baste á cubrir el importe de sus »créditos.»

No nos satisface esta solución. Los acreedores obran en nom-

bre del heredero renunciante, pero no como sus representantes ó administradores, sino como sustitutos; en realidad ocupan su lugar y adquieren y hacen propios los derechos de ese heredero en cuanto sean necesarios para hacer efectivos los créditos con los bienes de la herencia. La ley, antes de llamar á los herederos abintestato en virtud de la renuncia, con arreglo al art. 912, núm. 3.º, llama á los acreedores perjudicados por la repudiación.

Prescindamos del exceso, si lo hubiere. Los bienes que quedan en poder de los acreedores en pago de sus créditos, en el caso del art. 1001, pasan á ser poseídos por dichos acreedores. Es verdad que no son continuadores de la personalidad jurídica del causante, pero tampoco lo es el heredero que acepta la herencia á beneficio de inventario, ni el legatario de especie, y eso no les impide continuar la posesión de los bienes. ¿Cuál es el momento de la adquisición? Si no es el de la muerte del causante, ¿quién posee esos bienes desde la muerte hasta esa adquisición? O si se trata de posesión en nombre de otro, ¿en nombre de quién se posee? No puede ser en nombre del difunto, ni en nombre del heredero renunciante. ¿Lo será en nombre de las personas á quienes corresponde por la ley el exceso de la herencia, si lo hubiere? Estos se presumirá que han poseído los bienes que les queden, á ellos podrá dárseles cuenta de la inversión de los bienes; pero entendemos que no procede entrega alguna de frutos, ni nada que menoscabe los derechos de los acreedores sobre las cosas ó derechos que á los mismos hayan sido adjudicados.

Respecto á una finca ú objeto determinado del causante, adjudicado á un acreedor, ¿quién se entiende su poseedor desde el momento del fallecimiento? Nosotros creemos que el acreedor, que obra en nombre del heredero, no como un administrador, sino como un sustituto, y cuyos derechos, no sólo representa, sino también adquiere y hace propios respecto á esa finca. La masa de acreedores, al aceptar la herencia, adquiere la posesión de todos los bienes ó de los que necesite para el pago de todas las deudas. La indivisión cesa luego por la adjudicación, y cada acreedor se entiende que ha poseído exclusivamente la parte de bienes que le

haya correspondido en la división. Si esto no se deduce directamente del art. 440, es la interpretación que parece más racional del art. 1001, en relación con la doctrina de la adquisición posesoria.

Nos confirma en esta opinión la doctrina admitida por la jurisprudencia, respecto á la enajenación de bienes de una *herencia yacente*. Abandonada la herencia por los herederos é instada la venta judicial por los acreedores, se finge que subsiste la personalidad del difunto y que los bienes pasan directamente de éste á los dichos acreedores. Así lo establece la sentencia de 5 de Junio de 1861, y las resoluciones de la Dirección de los Registros de 5 de Diciembre de 1863, 20 de Junio de 1884, 9 de Febrero de 1887, 15 de Diciembre de 1890 y 2 de Diciembre de 1892.

Aunque en el art. 1001 se trate de acreedores del heredero, en virtud del precepto legal no vemos inconveniente en que los bienes se entiendan transmitidos directamente por el causante de la herencia á los acreedores que en beneficio propio la aceptan.

ARTÍCULO 441

En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión, mientras exista un poseedor que se oponga á ello. El que se crea con acción ó derecho para privar á otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente.

Pocas palabras para comentar este artículo, cuya doctrina puede decirse repetida en los artículos 444 y 446, y desenvuelta, en cuanto á su segunda parte, en el 445.

El art. 441 es un cuerpo extraño colocado entre los 440 y 442.

No quiere decir el artículo, como parece, que en ningún caso *puede* adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga á ello, pues es claro que poder *sí puede* adquirirse con tal violencia. La idea es la misma que la del art. 444:

«los actos de violencia no afectan á la posesión»; el poseedor legítimo á quien le ha sido arrebatada, no la pierde; el ocupante violento, no la adquiere. Legalmente no puede adquirirse violentamente la posesión.

Si hay quien se crea con derecho á la cosa que otro posee, la reclamará al poseedor. Si éste accede y restituye voluntariamente la posesión, reconociendo que no le pertenece lo que detenta, no hay necesidad de que nadie intervenga; pero si el tenedor resiste la entrega, el que se crea con acción ó derecho, por muy fundada que sea su creencia, no podrá nunca hacerse justicia con su mano, sino que deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente.

Se habla de autoridad competente, reconociendo la posibilidad de que en casos excepcionales no lo sean los tribunales de justicia. Si se trata de cosas perdidas, se dice que el poseedor que las reconozca puede impetrar el auxilio del alcalde, autorizado para la restitución en los artículos 615 y 616 del Código; pero se nos figura que esta facultad sólo existe en el caso de que la cosa se haya consignado en su poder, caso en el cual no habrá resistencia á la entrega.

Las cuestiones de hecho que se susciten sobre el riego entre los interesados en él, deben resolverse, según la ley de Aguas, por los jurados de riego. En otros casos deberá recurrirse á la Administración, contra cuyas providencias, dictadas en el ejercicio de sus funciones, no proceden los interdictos, aunque por ellas sea perturbada la posesión de un particular.

La regla general, sin embargo, es que en todas las cuestiones referentes á la posesión, la autoridad competente son los tribunales de justicia. En cuanto á la forma, procederá el interdicto de recobrar si hubo despojo; el interdicto de adquirir, aunque no muy necesario, en caso de herencia; la posesión judicial, objeto de los artículos 2056 al 2060 de la ley de Enjuiciamiento civil; las reglas que se crean procedentes en el caso del art. 445 del Código, ó las consignadas en leyes especiales, pues no hay que olvidar que la segunda parte del art. 441 se refiere, no á un poseedor mate-

rial, sino á una persona que se crea con acción ó derecho sobre lo que otro posee.

La ley 4.ª, tít. 29, Partida 3.ª, y la 1.ª, tít. 8.º, libro 11 de la Novísima Recopilación, condenaron la adquisición violenta. Pero no siempre ha imperado la misma doctrina, ni en todas partes se reconoce su necesidad.

Decaído el principio de autoridad en la Edad Media, y tardía ó ineficaz la acción de la justicia por los reyes y señores jurisdiccionales, siempre empeñados en luchas y conquistas, no es de extrañar que se permitiese en ciertos casos la justicia privada. (Véase la excelente obra de D. Bienvenido Oliver, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, C. de las costumbres de Tortosa). El poseedor despojado, ayudado por sus parientes y amigos, podía recobrar su posesión por medio de la fuerza. Cuando todo era un continuo despojo, ¿qué tiene de extraño que un mal se considerase remedio eficaz contra otro mal?

Reminiscencia de tales ideas contiene el proyecto del código alemán, autorizando al poseedor para rechazar por la fuerza los actos ilícitos dirigidos contra su posesión, y para reintegrarse en ella inmediatamente, aun acudiendo á medios violentos.

¡Qué más! hasta el sesudo código portugués dice en su art. 486: «El poseedor que sea perturbado ó despojado, puede mantenerse ó restituirse en su posesión por su propia fuerza y autoridad, con tal que lo verifique por actos inmediatos ó consecutivos á la agresión.»

Ahora bien: una cosa es no consentir á nadie que se tome la justicia por su mano, y otra muy distinta privarle del derecho de legítima defensa. El poseedor está autorizado para repeler la fuerza con la fuerza en defensa de sus bienes, y el Código penal, aun en caso de resultar delito, exime de responsabilidad ó la atenúa, según las circunstancias.

El art. 441 resulta claro, y no merece mayor explicación.

ARTÍCULO 442

El que suceda por título hereditario, no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que le afectaban; pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante.

I.—CONSIDERACIONES GENERALES

El art. 442 vuelve á ocuparse de la adquisición posesoria de bienes hereditarios, por lo cual guarda evidentes relaciones con el 440, y deben tenerse presentes las consideraciones allí expuestas sobre las transmisiones de herencia.

Nos separamos de doctrinas admitidas muy generalmente por los códigos y por los autores, no ciertamente por ensalzar á los legisladores españoles en esta cuestión, sino por estimar, no sólo justa, sino hasta lógica y razonable, la disposición del art. 442.

Bigot, Preameneu y Laurent, así como Pothier y otros muchos, haciéndose eco de una teoría antigua y generalizada, producto de la exageración de un principio verdadero, sostienen que el sucesor á título universal de la persona que poseía la cosa, no adquiere un nuevo título de posesión, porque sucede á los derechos del difunto tales como éste los tenía; que el poseedor por título singular comienza una nueva posesión, mientras que el heredero continúa la misma de su causante, con todos sus vicios y defectos, puesto que sucede lo mismo en los derechos que en las obligaciones.

«Si la posesión, dice Pothier, ha empezado por ser una posesión violenta, una posesión clandestina, una posesión de mala fe, una posesión precaria, siempre continuará siendo posesión violenta, clandestina, de mala fe, etc., no solamente en la persona de aquel en que ha empezado, sí que también en la de sus herederos y de los herederos de sus herederos *in infinitum*, por más buena fe que tuvieran; porque los herederos, siendo la continuación de

la persona del difunto, siendo *sucesores in universum jus defunti*, la posesión á la cual han sucedido al difunto es la misma posesión que éste tendría, la que continúa con las mismas cualidades y los mismos vicios que tenía en su principio.»

Se aplica un mismo principio á casos muy distintos, y de aquí el error. Si la posesión del difunto era precaria, precaria será la posesión del heredero, porque nadie transmite más que lo que tiene y es de esencia en su posesión ese carácter. Pero si el heredero hace pública la posesión clandestina de su causante, ¿por qué ha de seguir siendo clandestina si realmente ya no lo es? esto dependerá de la conducta del heredero, porque ya no se trata de nada esencial. Y en cuanto á la buena fe como cualidad puramente subjetiva, ¿cómo puede pretenderse siempre su transmisión?

Un célebre comentarista ve en la doctrina del art. 442 una excepción injusta del 661. «Rigorosamente, dice, el artículo cuyo estudio hacemos, se condensa en estas palabras: «El sucesor de buena fe no responde de la mala fe de su causante.» El legislador se inspira en el deseo de eximirle de las consecuencias de la mala fe de su antecesor, sin que en su decidido propósito sirva de obstáculo la consideración de que tal precepto constituye una excepción del universal principio contenido en el art. 661.

Vemos en las ideas expuestas una exageración de ese principio, según el cual el heredero sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones.

El art. 659 del Código declara que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. Son derechos que se extinguen con la muerte, como expresa un escritor notable, los estricta y exclusivamente personales, como los honores á que se refiere el art. 64, y los derechos de que hablan el art. 151 sobre intransmisibilidad de los alimentos, el 167 sobre pérdida de la patria potestad, el 513 sobre extinción por muerte del derecho de usufructo, el 1082 sobre duración de la renta vitalicia, y otros análogos.

Del mismo modo las obligaciones y responsabilidades exclusivamente personales del causante, tampoco se transmiten por he-

rencia. No está obligado el heredero á llevar á efecto un duelo concertado por su antecesor, ni á firmar un escrito redactado por el mismo, ni á sostener sus opiniones particulares, ni responde de los actos ó hechos ilícitos que el causante hubiera cometido, ni ha de ser virtuoso ó malvado por que lo fuese el que ya dejó de existir.

Si las cualidades personales no se transmiten, ¿cómo sostener que la posesión se transmite con todos sus vicios y defectos? Se transmiten los bienes, se transmiten los derechos, entre ellos la posesión; se transmiten las obligaciones, pero en lo que tienen de esencial, no en caracteres accidentales, propios y exclusivamente subjetivos del causante. Por esto la mala fe no se transmite, ni debe transmitirse, ni puede en justicia sostenerse que acompañe como un accesorio inseparable á la posesión. Por esto el art. 442 no es la excepción del universal principio del art. 661, sino una aplicación racional del mismo completado por el 659; sólo puede transmitirse lo que no muere con la persona, y con la persona mueren sus ideas, sus cualidades y sus vicios, que no son, por otra parte, bienes, ni derechos, ni obligaciones.

El principio de la continuación de la personalidad jurídica del causante por el heredero, no puede llevarse hasta el extremo de fundir en una sola sus personalidades físicas: mas aún que eso, borrar la personalidad del sucesor por sostener la ficción de que aun vive el que dejó de existir.

Tampoco es cierto que el sucesor no haya adquirido un nuevo título de posesión. Si lo que queda expuesto es cierto, ni puede afirmarse que el heredero no tiene más título que el de su causante, ni que carece de título su posesión.

*
* *

El art. 442 es una aplicación del 433 y una confirmación del 434.

Es poseedor de buena fe, dice el art. 433, el que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide. La bue-

na fe se presume, y al que afirme la mala fe de un poseedor corresponde probarlo. El heredero es un adquirente cuya situación es excepcional: por algo es el continuador de la personalidad jurídica del causante. Si en su modo de adquirir, *la herencia*, existe vicio que lo invalide, y se prueba que lo conoce, será considerado como poseedor de mala fe ni mas ni menos que otro adquirente cualquiera; pero además, si se prueba que sabía los vicios de la titulación de su causante, tambien se le considerará poseedor de mala fe, cosa que no ocurre respeto á los poseedores por título singular, que sólo responden de su título y no del de sus antecesores, segun se deduce del art. 433, y aun del mismo 442, que estamos examinando, cuya disposición especial prueba que se trata de una excepción, único límite á que han creído poder llegar los legisladores, en seguimiento del principio de que el heredero sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones.

No bastará, por tanto, demostrar que la adquisición del causante adolecía de vicios, sino que será preciso justificar que esos vicios eran conocidos por el heredero. Ni se crea tan beneficiosa al sucesor universal la disposición del art. 442, que constituya un privilegio. Aparte su justicia ya demostrada, dicho artículo sigue presumiendo la buena fe en el heredero como la presumía en el causante; pero sin poder prescindir del cambio de persona, y refiriendo esa buena fe, no al estado de ánimo de una persona que ya no existe, sino á la situación de espíritu del que ha venido á sucederle y á continuar su personalidad jurídica.

Y aquí se nos ocurre una reflexión. Si el heredero, como se quiere por algunos, es el mismo causante y hereda los vicios de la titulación de éste, por muy viciosa que sea *su* adquisición (el testamento ó la partición), mala fe propia no puede atribuírsele aunque tales vicios y su conocimiento se probaran. Absorbida la personalidad del heredero por la de su causante, siendo el mismo su título y con iguales vicios, injusto sería en lo que le fuese perjudicial hacerle responsable de una mala fe que no procedía de su antecesor, y dar para ese efecto fuerza á un título que se niega tenga el valor ni la eficacia de tal.

Pero los efectos de la posesión de buena fe, añade el art. 442, no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante. Esta disposición tambien es justa é inspirada en la realidad, y es precisamente la que separa las dos posesiones; pero supone la demostración de la mala fe del testador ó poseedor anterior; sin este requisito, tambien en la posesión del causante ha de presumirse la buena fe. Y si, por un acaso, la cuestión estuviese pendiente al tiempo del fallecimiento, al demostrarse la mala fe, originaria ó adquirida, del causante, de nada serviría al heredero la presunción del art. 442, toda vez que por el resultado del pleito ha de conocer los vicios de la adquisición de su antecesor.

Aprovecha al heredero la buena fe presunta de su adquisición, cuando después de cierto tiempo de posesión, se reclaman los bienes, y el reclamante sólo puede demostrar la mala fe del causante y no la de su sucesor.

II.—Cuestiones

Dos cuestiones se relacionan con este artículo. Una, relativa á si por nuestro Código se exige alguna vez la buena fe en el transmitente. Otra, que se refiere á si puede considerarse poseedor de buena fe al que conoce los vicios de la titulación de su antecesor.

A.—*¿Se exige alguna vez la buena fe en el trasmitente?*—La ley 18, tít. 29, Partida 3.ª, exigía buena fé tanto en el trasmitente como en el adquirente para la adquisición de inmuebles, pues si faltaba en el primero ese requisito, se necesitaban treinta años para prescribir. Véanse sobre esta materia las sentencias de 20 de Noviembre de 1860, 14 de Octubre de 1864, 20 de Abril de 1867 y 22 de Enero de 1876.

El Código no contiene disposición alguna directa ni indirecta que motive tal exigencia.

La mala fe en el transmitente no obsta ni perjudica al actual poseedor, el cual sólo responde de sus propios actos, bastando que la ignorancia, en cuanto á los vicios de la titulación, exista ó resida

en él, aunque no residiera ni existiese en los anteriores poseedores. Esto lo reconoce el Código en el art. 442 que nos ocupa.

¿Será aplicable dicho artículo, ó mejor dicho, el principio que en él se establece, solamente á los herederos, á los que suceden por título universal? No puede en modo alguno admitirse tal consecuencia. El art. 442 se refiere al caso verdaderamente dudoso, y sin embargo, apartándose de lo legislado en otros códigos, establece con buena lógica que el sucesor de buena fe no responde de la mala fe de su causante. Y si tal principio se admite, aun tratándose del que al suceder por título hereditario se pretende que debe continuar en todo la personalidad de su antecesor, y responder, por lo tanto, de su viciosa posesión, con mucha mayor razón tiene que admitirse cuando se trate de sucesores á título singular, cuya personalidad, cuya adquisición y cuyos actos nada tienen que ver con los de los poseedores anteriores.

Ni podría sostenerse que el art. 442 no es aplicable á la prescripción, ya que á él no alude el 1951. Aparte de que aquel artículo se refiere, en general, á la posesión en todos sus efectos, uno de los cuales es la prescripción, basta observar que el precepto del artículo 442 es sólo una aplicación de los que se contienen en los artículos 433 y 434. La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio (art. 1950). Cada poseedor supone una persona, cuyo estado de ánimo, cuya buena ó mala fe reside sólo en él, con absoluta independencia del que le precede y del que le sigue, ya la transmisión tuviese efecto por título universal ó por título singular. ¿Existe en él dicha creencia, ó la ignorancia de todo vicio en la titulación? Pues existe en él la buena fe y nada importa la viciosa posesión ó la mala fe del anterior poseedor. No se exige, pues, la buena fe en el transmitente para poderla presumir en el que adquiera, siquiera, como es natural, sólo aproveche á éste su buena fe desde el momento de la adquisición, al efecto de adquirir el dominio por prescripción ordinaria, y prescindiendo ahora de todo enlace ó unión de posesiones.

B.—*¿Puéde considerarse poseedor de buena fe al que conoce los*

vicios de la titulación de su antecesor?—Esta cuestión es más delicada y difícil de resolver. En principio, no cabe duda: la buena fe es una cualidad puramente subjetiva, y el que sabe que, si bien su título es legal, no lo era el de su causante, conoce los vicios de su adquisición ó no ignora que posee la cosa indebidamente. Bajo el aspecto legal no es la cuestión tan sencilla, con mayor motivo si se atiende á lo que quedó expuesto sobre el error de derecho como fundamento de la buena fe.

Un comentarista muchas veces aludido dice: «Ahora bien: ¿será aplicable lo expuesto al sucesor? Nuestra opinión se inclina á la afirmativa. Trátase en el caso presentado por nosotros de un vicio de derecho, y éste no debe ser desconocido por nadie. El sucesor no puede sostener que lo ignora, *primero,* porque no es posible alegar la ignorancia del derecho; *segundo*, porque al aceptar la herencia, desde el momento en que se convierte en sucesor, no hay más remedio que presumir que ha examinado los títulos de la posesión del causante. La aceptación de la herencia implica el previo examen de todo lo concerniente á ella. ¿Cómo le ha de ser lícito al sucesor alegar que creía, por ejemplo, que una finca poseída por su causahabiente lo estaba de buena fe, si la había adquirido de manera viciosa, contra ley? Tal alegación sería inadmisible, porque el sucesor, en el mero hecho de serlo, se presume que conoce los títulos de la posesión del causante, y por lo tanto, los vicios de que adolece».

En otro lugar, comentando el art. 434, dice también: «Aun en el caso de que se tratase de un tercero, es decir, de una persona que comprase la cosa al que la adquirió primeramente sin la formalidad de la ley, ó contra la prohibición de ésta, ¿cómo va á defender dicha persona este tercero, que se había equivocado porque había considerado válido el título de dominio del transmitente?»

Esta teoría parece envolver en cada uno de los adquirentes la obligación de examinar y apreciar jurídicamente los títulos de sus antecesores en la posesión, y conduce á otro peligro que haría casi imposible la adquisición por prescripción ordinaria de cosas ó derechos, pues no existiría razón alguna para detenerse en el título

anterior, y debería de igual modo exigirse el examen de todos los títulos anteriores sin limitación, y presumirse la mala fe siempre que en alguno de esos títulos exista vicio que pueda invalidarle, y la ignorancia del poseedor no pueda sostenerse por tratarse de errores de derecho.

En realidad, la cuestión es difícil, y en cada caso deben apreciarla los tribunales. Sin embargo, no aceptamos como base de solucíón los fundamentos de la idea propuesta. No existe obligación alguna de examinar la titulación anterior, ni en la práctica suelen los herederos entrar en tales averiguaciones, ni cabe fundar una presunción sobre ese castillo de naipes. Las presunciones, dice el art. 1429, no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado, y aquí ese hecho es el examen de la titulación, por el cual pretende deducirse el conocimiento de los vicios ó sea la mala fe. Salvo escasas excepciones de personas entendidas ó cuidadosas, las más de las veces los herederos sólo saben que tal finca era de su padre ó que tal objeto lo poseía su antecesor, porque así lo han visto ó porque han oído ó presenciado que se heredó ó compró de Fulano ó Zutano; pero no creen ni suponen vicios en la adquisición, ni se cuidan de leer los títulos, aunque en arcas, armarios, carpetas ó cajones los conserven cuidadosamente. Todo lo adquirido por el causante se supone suyo, y se separa como existencia; de otro lado se examina el pasivo, que preocupa algo más, y así, y nada más que así, suele entenderse el examen de lo concerniente á la herencia. Más cuidado muestra de ordinario el sucesor singular á título oneroso, y, sin embargo, acepta muchas veces lo que no sabe cómo llegó á manos del transmitente.

La solución apuntada resuelve demasiado, más de lo que se pide. El reclamante exige la exhibición del título; de él resulta que el antecesor compró á un marido bienes de su mujer, sin intervención de ésta, caso más frecuente de lo que pudiera creerse. Decir: ya está todo demostrado, la adquisición del antecesor fué nula, el heredero tenía obligación de examinar el título, luego lo examinó y sabe el vicio de su posesión, luego es poseedor de mala fe, es un

sistema muy cómodo; pero aunque el Tribunal entendiese así probada la mala fe del sucesor, á pesar de haberse probado solamente la nulidad de un título anterior, ¿qué sucedería si el heredero, ó un sucesor cualquiera, pudiese demostrar que no había examinado tal título? Todo descansa sobre este examen y eso precisamente es lo que no se acredita.

Pueden distinguirse dos situaciones diversas.

El título del antecesor era ó revocable ó no bastante para adquirir el dominio; el antecesor no es dueño, pero transmite el dominio á un tercero, y del título de éste no resulta el vicio de su adquisición. Aquí propiamente el título de ese antecesor no es vicioso, pero falta en el actual poseedor lo que se llama modo de adquirir, porque se le ha transmitido un derecho que no pertenecía al transmitente. Si ese poseedor conocía el título de su antecesor, si así se prueba, su mala fe es indudable, con arreglo al art. 1950 y al 433; pero aquí, repetimos, el vicio está en su adquisición, no en la del anterior poseedor, aunque arranca de ésta y en ella se funda, por lo que este caso no resuelve la cuestión.

Pero el título del transmitente, aunque bastante, era nulo. Compró un inmueble al tutor de un menor sin autorización del consejo de familia, y por tanto, sin cumplirse los requisitos de los artículos 270 al 272 del Código civil. Si ese inmueble se transmite por herencia, el heredero será considerado poseedor de mala fe si se prueba que conocía el vicio de la titulación de su causante, y debe conocer el vicio sólo con conocer el título, aunque sin obligación de conocerlo. En esta transmisión la cuestión es clara, en vista de lo dispuesto en el art. 442.

Ahora bien: el que compró el inmueble al tutor, lo vende ó dona á un tercero. No es dudosa la presunción de buena fe del adquirente, porque ésta siempre se presume; pero si reclamando el menor ó el consejo de familia, se prueba que no ignoraba lo indebido de su posesión, por conocer los vicios del título del vendedor ó donante, ¿qué resolveremos? Mala fe real, existe; mala fe legal, parece que no.

Primero. Porque el carácter de su posesión es independiente

al de la posesión de la persona de quien él adquirió, por lo que suele decirse que en las transmisiones á título singular, el adquirente comienza una nueva posesión.

Segundo. Porque en virtud del art. 433, es poseedor de buena fe el que ignora que en *su* título ó modo de adquirir (en el suyo y no en el de su causante) exista vicio que lo invalide.

Tercero. Porque según el art. 1950, la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de *quien recibió la cosa*, era dueño de ella y podía transmitirla; de modo que aunque crea ó sepa que la persona de quien su antecesor la adquirió no tenía derecho ó capacidad para transmitirla, esto no obsta á la buena fe del último adquirente, puesto que le basta la creencia de ser válido *su* título y *su* modo de adquirir.

Cuarto. Porque el art. 442, al establecer una excepción en el caso del heredero, continuador de la personalidad jurídica del causante, da á entender que, fuera de ese caso, en las transmisiones á título singular la regla general es la contraria.

Un solo artículo, el 435, con las palabras «sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa *indebidamente*», da lugar á duda, porque sabiendo el poseedor que la cosa ó el derecho no le pertenecen legalmente, sea por vicio de su título ó modo, sea por vicio del título ó modo de un antecesor cualquiera, es claro que no ignora que el derecho ó la cosa la posee indebidamente, y debiera perder su buena fe, si es que existía en el momento de la adquisición. Por esto, y por la fuerza que lleva consigo la realidad de la mala fe, dijimos que la cuestión no era clara. No desconocemos que es lo natural subordinar el art. 435 á los anteriores; pero veríamos con gusto establecerse una doctrina contraria á la que en nuestra opinión se desprende de los artículos 433, 442 y 1950 en esta cuestión; lo más justo y verdadero es siempre lo mejor (1).

(1) Y aun podría sostenerse que el poseedor no ignoraba el vicio de su título, constándole la posible invalidación del de su antecesor. Todo sin perjuicio de la confirmación del acto nulo ó de la prescripción de la acción.

Nunca, sin embargo, debe presumirse en un adquirente la obligación de examinar la titulación de sus antecesores; esto equivaldría á echar por tierra en la generalidad de los casos la presunción de buena fe.

ARTÍCULO 443

Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor.

I.—CONSIDERACIONES GENERALES

«Tenencia ó possession de las cosas, decía la ley 3.ª del tít. 30 de la Partida 3.ª, puede ganar todo ome por sí mismo que aya sano entendimiento.» Ahora vemos por el art. 443, que «omes que no han sano entendimiento», como los menores y los incapacitados, pueden adquirir también la posesión, aunque no puedan ejercerla ó usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor.

Como dijimos, el art. 443 debiera hallarse unido al 439, y no comprendemos el método de nuestro Código, saltando de unas á otras materias, y volviendo después á ocuparse de lo mismo que quedó atrás.

Sienta el art. 443 una doctrina completamente nueva, que no se ha atrevido á consignar con tal generalidad código alguno.

Los códigos de Francia, Bélgica é Italia nada dicen sobre este particular. Los de Guatemala y Méjico aceptan el principio general: los menores é incapacitados no tienen capacidad de adquirir en general, y no pueden adquirir por si mismos la posesión: doctrina análoga á la de Roma en el Digesto; el menor y el incapacitado carecen por regla general de intención; de nada sirve la materialidad de tener un objeto sin voluntad de adquirirlo; una persona dormida tiene materialmente la cosa que pongan en su mano, mas no posee.

El código de Austria, fundándose en esto, niega al loco la fa-

cultad de adquirir la posesión, pero la otorga al menor salido de la infancia, porque no carece de intención.

El código de Portugal da un paso más. Los que no tengan uso de razón pueden adquirir las cosas que no son de nadie, pero las cosas ya apropiadas sólo pueden ser adquiridas por las personas que tengan uso de razón (art. 480).

Nuestro Código va aun mas allá y en principio no le falta razón; pero su precepto es demasiado general é indeterminado. En cambio, hay que reconocer que sólo así podía enunciarse la regla, pues la doctrina posesoria es tan variada, que, de atender á las diversas situaciones, el precepto tenía que haber sido muy extenso y se le hubiera tachado de casuístico.

Nos encontramos, pues, con un artículo que presenta una doctrina nueva, cuyo exacto contenido debe ser desarrollado por el comentarista, y aplicado en armonía con el principio que se sienta y con los demás preceptos legales.

Distingue el Código entre la adquisición de la posesión y el uso de los derechos que de ella nazcan á favor del poseedor, ó sea entre la adquisición y el ejercicio.

Una y otra parte del art. 443 se refieren tanto á los menores como á los incapacitados; pero el desarrollo de la doctrina exige nuevas distinciones dentro de cada grupo, clases de menores é incapacitados, medios de adquisición de la posesión con arreglo al art. 438, y clases de derechos que se ejerciten.

II.—Adquisición de la posesión por los menores é incapacitados

Se refiere solamente el art. 443 á las cosas, y dado su especial sistema de hablar ordinariamente de cosas y de derechos, no deja de ser significativa la palabra y la limitación que envuelve. Sólo las cosas llamadas corporales pueden ser adquiridas por los menores é incapacitados, parece indicar el art. 443. Es verdad que en muchas otras ocasiones, y sirvan de ejemplo los arts. 450, 1936, 1940 y 1950, emplea el Código solamente la palabra *cosa*, y no ca-

be duda de que se refiere también á los derechos reales que se poseen proindiviso ó que por la prescripción pueden adquirirse. Pero en fin, parece cierto que la idea en el art. 443 es la apuntada. El Código se refiere á la adquisición de una simple tenencia de cosas, y así debe ser si un demente puede ser sujeto de esa adquisición; pero ya veremos que en ciertos casos con la cosa puede adquirirse derecho sobre ella.

¿Por qué se reconoce esa facultad en general á los menores é incapacitados? No, ciertamente, porque en los actos de ocupación del menor contemple el Código el resultado de una volición más ó menos perfecta, como indica un célebre comentarista, porque esa volición, mas ó menos perfecta, existe tambien en el animal que pasta ó caza ó recoge cualquier objeto, y nadie ha pensado en reconocerle facultad para adquirir. Se trata, como afirma Sánchez Román, de un reconocimiento de la capacidad jurídica que en principio tiene todo hombre para ser sujeto de una relación de derecho. Esto no impide que se atienda después y se dé toda la debida importancia á la intención más ó menos perfecta que los actos adquisitivos del menor ó del incapacitado pueden revelar.

Empecemos á distinguir:

Menores.—Habla el Código de los menores en general, pero debe referirse á los no emancipados, teniendo tal vez en cuenta que, con arreglo al art. 317, la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor. Salvo para comparecer en juicio, tomar dinero á préstamo y gravar ó enajenar bienes inmuebles (ó derechos reales), el menor emancipado se considera mayor de edad, por lo que, salvo casos excepcionales, puede no sólo adquirir, sino aun ejercer por sí mismo la posesión.

Incapacitados.—También el art. 443 habla de incapacitados en general, palabra que lo mismo puede referirse solamente á los locos ó dementes, que á todas las personas expresadas en el artículo 200, ó á todas los que por cualquier circunstancia carecen de capacidad, en cuyo grupo podría incluirse la mujer casada, en virtud de lo dispuesto en los arts. 60 al 62 y 1263.

Sea como sea, no puede desconocerse la capacidad de *la mu-*

jer casada para adquirir la posesión. Basta para ello fijarse en el espíritu que informa el artículo. Es, como dice Sánchez Román, un reconocimiento de la capacidad jurídica; es, como dice Mucius, una aplicación del art. 32, y si la mujer casada tiene indudable personalidad para ser sujeto en relaciones jurídicas, claro es que puede adquirir posesión por los mismos medios que otros incapacitados; su condición no ha de ser peor que la de un menor ó un loco, ni debe olvidarse que no se trata de la adquisición de derechos, sino de la posibilidad de una tenencia más ó menos transitoria y eficaz según las circunstancias. Por otra parte, también es de atender la razón que encuentra Sánchez Román en el motivo determinante de la necesidad de la licencia marital, que no es otro que el principio de mantener la unidad de gestión en los intereses de la sociedad conyugal, fundamento que queda fuera de la esfera de acción de la simple adquisición posesoria.

Además, véase el segundo párrafo del art. 60, la parte del 62 referente á la compra de cosas destinadas al consumo ordinario de la familia, el art. 63, y lo relativo á las facultades especiales de la mujer casada en los casos de ausencia, incapacidad, prodigalidad é interdicción del marido, y se comprenderá que no es posible negarla lo que se concede á un menor y á un loco.

Respecto al *pródigo* y al *sordomudo*, han de tenerse presentes los arts. 218 y 221. La declaración de incapacidad que se refiera á sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de su incapacidad. La sentencia declarando la prodigalidad determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor, y los casos en que por uno ó por otro habrá de ser consultado el consejo de familia.

En cuanto al que sufre la pena de *interdicción civil*, el art. 229 expresa que la tutela se limitará á la administración de los bienes y á la representación en juicio del penado.

Mas precisamente el art. 443 se refiere al caso en que exista verdadera incapacidad para ejercer la posesión. Si este ejercicio no se le arrebata al pródigo ó al sordomudo, claro es que pueden adquirir la posesión, porque lo más comprende lo menos, y aun

cuando sean privados de ese ejercicio y por ello hayan de considerarse verdaderos incapacitados, el art. 443 les permite la adquisición. La evidente relación que existe entre los dos párrafos de dicho artículo así lo comprueba, porque, en esencia, su contenido es el siguiente. Los incapacitados en general, incluso los menores, no podrán ejercer por sí mismos la posesión; pero pueden adquirirla por ciertos medios.

Digamos lo mismo de los que sufren la pena de interdicción civil; la privación de la administración de sus bienes, no impide la adquisición de la posesión de los objetos que necesite en el establecimiento en que cumple su pena, ni aun la aprehensión ú ocupación de cosas, si por acaso quebranta su condena.

Obsérvese la escala que presenta la menor edad y la incapacidad; desde el niño que aun no habla hasta el joven próximo á la mayor edad, desde la privación completa de razón en el loco, ó incapacidad natural, hasta la razón perfecta del pródigo, la mujer casada y el penado, ó incapacidad puramente legal ó civil.

*
* *



Ahora bien: tres medios de adquisición de la posesión contiene el art. 438. ¿Es aplicable á todos ellos la primera parte del artículo 443? Relacionemos ambas disposiciones, teniendo presentes las observaciones apuntadas.

Ocupación material.—Para este medio principalmente parece escrito el art. 443. Hasta tal punto es esto cierto, que el art. 480 del código portugués sólo reconoce á los que carecen de razón facultad para adquirir las cosas que no son de nadie. Entiéndase bien, sin embargo, como ya expusimos en el comentario del art. 438, que en materia de posesión, el medio indicado de adquirir no es la ocupación jurídica, es el acto de la aprehensión, por lo que no hemos de limitar tal medio á la adquisición de las cosas que á nadie pertenecen.

Pero decimos que á este medio se refiere principal y no exclusivamente el art. 443, porque, como veremos, también por otros

medios pueden adquirir posesión los incapacitados y menores. Esto tal vez explica la generalidad del artículo; fácil hubiera sido en otro caso expresar la limitación diciendo: «Los menores é incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas por medio de la ocupación material.» El Código comprende que esto no sería rigorosamente exacto, y ha preferido cierta indeterminación y vaguedad, indispensable si lo que afirmamos es cierto.

El niño y el incapacitado, como afirma un comentarista, «puede adquirir la posesión del ave que cace, de la leña que recoja en el monte comunal, del coral que extraiga del mar, de la concha que recoja en la playa, la cartera ó el anillo abandonados ó perdidos, y susceptibles por tanto de ocupación natural, y hasta la tierra yerma de desconocido dominio, y la finca urbana y abierta, que empiece á cultivar ó vivir sin violencia ni simple tolerancia».

¿Adquirirán solamente la cosa, una tenencía sin derecho, ó algo más? Esto dependerá de las circunstancias: el ave y la leña, el coral y la concha, todo lo que no sea de nadie, será adquirido en pleno dominio, llevará la ocupación consigo, no sólo la tenencia, sino el derecho. En la cartera y el anillo, mientras no se cumplan las formalidades legales, sólo habrá posesión. En la tierra y en la casa se adquiere una tenencia mas ó menos transitoria, que sostenida y ejercida por más de un año, se convierte en una posesión formal, aunque sin título.

Sujeción de las cosas á la acción de nuestra voluntad.—Actos propios y formalidades legales para adquirir la posesión.—Por regla general, puede establecerse que ninguno de estos medios de adquisición posesoria son aplicables á los menores é incapacitados.

Pero según la edad del menor y según la clase de incapacidad, según el mayor ó menor grado de razón y de voluntad en el sujeto atendiendo á la escala que antes hicimos notar, fácil es observar que la posibilidad de esos medios se presenta cada vez menos rara. Hay que tener en cuenta para apreciar esta cuestión: primero, ese mayor ó menor grado de incapacidad; segundo, el verdadero carácter de la relación posesoria, que en sí misma no significa adquisición de derecho alguno fundamental, sino poder de hecho, de-

recho á un uso, disfrute ó ejercicio más ó menos limitado, precario y provisional.

¿Qué importa, pues, que el menor ó el pródigo, la mujer casada ó el sordomudo carezcan de capacidad de obrar ó no puedan realizar actos eficaces con arreglo á derecho? El mayor de edad que ocupa una tierra en ausencia de su dueño pública y pacíficamente, realiza también un acto ineficaz, mientras la falta de contradicción del dueño y el transcurso del tiempo no consoliden y afirmen su relación, y sin embargo, ¿quién duda que adquiere la tenencia de esa tierra? Ese mismo mayor que compra un objeto á un menor ó á un loco, celebra un acto nulo, y sin embargo, adquiere la posesión y hasta puede tener buena fe si fué engañado respecto á la capacidad del transmitente. Mal puede adquirir el dominio quien de buena fe obtiene una cosa de un simple administrador ó usufructuario, y sin embargo, es un poseedor. Esto prueba que la nulidad ó la ineficacia de un título, la falta de lo que se llama modo de adquirir, etc., son vicios que impedirán la adquisición del verdadero derecho que se intenta obtener, pero que, precisamente por lo mismo y mientras dure la relación de hecho establecida viciosamente, producen una tenencia ó una posesión.

El niño que recibe de sus padres ó de un extraño algunos céntimos y se apresura á comprar con ellos un muñeco ó una pelota, adquiere la posesión de estos objetos; el que guardando como pastorcillo un ganado, recibe en pago de sus servicios unas abarcas ó un pantalón, adquiere tambien la posesión; el que jugando con otros muchachos, gana confites ó juguetes, también los adquiere, y en ninguno de estos casos puede decirse que es la ocupación el medio de adquisición posesoria, ni es preciso que exista en todos entrega material, pues basta que las cosas queden sujetas á la acción de su voluntad.

Dice Ihering que el niño adquiere por sí mismo la posesión de los juguetes que le regalen. La donación es, en efecto, el acto más propio de adquisición posesoria por los menoras. «Las personas que no pueden contratar, dice el art. 626 de nuestro Código, no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la inter-

vención de sus legítimos representantes;» pueden, pues, por sí mismas aceptar las donaciones puras y simples, aquellas de las cuales sólo puede resultarles beneficio.

Los menores de edad, dice el art. 1329, pueden hacer y recibir donaciones en su contrato antenupcial, siempre que las autoricen las personas que han de dar su consentimiento para contraer matrimonio. «No es necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones», añade el art. 1330.

Hasta el demente, último grado de la escala de la incapacidad, adquiere la posesión de los vestidos que le regalen, como los niños la posesión del bastidor y el costurero, ó los libros y las estampas que necesitan para su enseñanza, ó ganan por su aplicación.

Y subiendo en la escala se ensancha el campo de nuestra investigación. Los bienes adquiridos por el hijo no emancipado con su trabajo ó industria, ó por cualquier título lucrativo, pertenecen siempre en propiedad á ese hijo, y aun en usufructo y administración, si vive independieute de sus padres con consentimiento de éstos (art. 160 del Código). Y si del menor ya dotado de razón y voluntad, que ora se manda hacer un traje, ora recibe las llaves de un almacen ó de un granero, ora labra la tierra de sus padres, ó habita la casa ó la choza que necesita para vivir independiente, pasamos al penado ó al pródigo, ó á la mujer casada, ¡cuántos actos no pueden imaginarse y ser realizados que suponen también adquisición de posesión!

No podrán los menores ó incapacitados otorgar escrituras públicas, ni promover el interdicto de adquirir, ni pedir la posesión judicial, etc.

Creemos que no necesitamos descender á más detalles ni esforzarnos para que se comprenda bien la nueva doctrina, sin duda verdadera, que parece enunciada ó delineada en la primera parte del art. 443.

III.—Ejercicio de la posesión por los menores é incapacitados

Poco hemos de añadir sobre esta materia. Ya vimos en el co-

mentario del art. 431 quiénes son los representantes legítimos de los menores é incapacitados, á quienes en nombre de éstos corresponde el ejercicio de la posesión. Aunque el Código emplea las palabras «para usar de los derechos que de la posesión nazcan», queriendo tal vez concretar más la cuestión, y hacer la regla más verdadera, la variedad de la doctrina posesoria hace que ese principio general presente en la práctica bastantes excepciones.

Bien puede un menor percibir frutos, rentas é intereses de los bienes que posea; pero no entablar interdictos, ni comparecer en juicio, ni enajenar, ni gravar, etc.

La palabra *asistencia*, en el art. 443, equivale, en nuestra opinión, no sólo á consentimiento, como algunos creen, sino también á intervención ó presencia de los representantes legítimos. Por lo demás, no pudiendo desconocer el legislador que el uso ó disfrute de la posesión se realiza en algunos casos por los mismos menores ó incapacitados, creemos que al hablar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor, lo hizo atendiendo principalmente al ejercicio de las acciones posesorias, á la resolución de cuestiones jurídicas que se susciten, y al otorgamiento de actos ó contratos eficaces relacionados con la posesión.

ARTÍCULO 444

Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa ó con violencia, no afectan á la posesión.

Se refiere este artículo, como todos los del capítulo, á la adquisición de la posesión, y comprende tres casos distintos, ninguno de los cuales afecta á la posesión: actos meramente tolerados; actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor; actos de violencia.

La doctrina ha sido siempre reconocida y está aceptada en todos los códigos. Pueden verse al efecto la ley 13, tít. 30, Partida 3.ª; la 2.ª, tít. 8.º, libro 11 de la Novísima Recopilación, y los ar-

tículos 688 y 689 del código italiano, 474 del código portugués, 494 del de Zurich, 680 del de las provincias bálticas, 519 y siguientes del de Guatemala, 683 del de Colombia, 1158 del de Uruguay, códigos de Sajonia, Méjico, Chile, etc.

Veamos cada uno de los actos á que el art. 444 se refiere.

A. *Actos meramente tolerados.*—Extraña é innecesaria parece á primera vista la palabra «meramente», empleada en el art. 444; pero la materia es delicada y el Código no podía dejar expedito un recurso al poseedor para afirmar en todo caso que sólo por tolerancia suya se realizaban por un tercero actos posesorios que no podían en modo alguno afectar á su posesión. Tiene, pues, á nuestro entender por objeto ese adverbio limitar el alcance de la palabra tolerar.

Tolerar es sufrir, consentir tácitamente, ver con indiferencia actos no lícitos ni conformes con la voluntad del que los presencia ó sabe y no los contradice. Todo podría considerarse tolerancia, y de aquí el peligro de este término. No bastaría ciertamente que se hablase de actos *meramente* tolerados, si no hubiese en el Código otro artículo que explica el verdadero sentido de la frase.

No aprovechan para la posesión, dice el art. 1942, los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de *licencia ó por mera tolerancia* del dueño.

¿Separa la ley en el art. 1942 la licencia de la mera tolerancia, ó considera ambos términos como sinónimos? Entre este artículo, cuya doctrina se completa con la del 1941, y el 444 que nos ocupa, no hay más diferencia que la de aplicarse una misma idea á distintos objetos ó á diferente fin. Aquéllos se refieren á la posesión que conduce á la prescripción y aluden por tanto á la tolerancia, falta de conocimiento ú oposición por parte del *dueño.* El 444 se refiere á toda posesión tolerada, ignorada ó rechazada por cualquier *poseedor*, sea ó no dueño.

Esto no obstante, la idea es la misma. El art. 444 forma la regla general; los 1941 y 1942 constituyen una de sus más importantes y legítimas aplicaciones. De notar es que lo mismo el art. 444 que el 1942 hablan de *mera* tolerancia, como si quisieran separar

la tolerancia de la mera tolerancia ó como si no fuese lo mismo una cosa que otra. Además, el 444 no añade á los actos meramente tolerados los ejecutados en virtud de licencia ó permiso. De aquí deducimos que, en efecto, la ley no se quiere referir á toda tolerancia del dueño ó poseedor, sino sólo á la mera tolerancia, y como tal considera la autorización, permiso ó licencia en virtud de la cual se realizan ó practican actos posesorios.

De este modo la cuestión es más sencilla, pues se traduce en la existencia ó no existencia del permiso. De no ser así, la cuestión sería de apreciación muy dudosa y expuesta á peligros, porque nunca el dueño dejaría de alegar que hubo sólo tolerancia por su parte. Difícil es, en efecto, trazar la línea divisoria entre la tolerancia del dueño y el abandono de su derecho cuando los actos del tenedor se repiten y mucho más cuando el tiempo va afirmando y consolidando una relación que puede dudarse si era ó no legítima en su origen. Cuando media licencia ó permiso, la prueba es más fácil. A los jueces y tribunales corresponderá apreciar en cada caso cuándo existe mera tolerancia, y cuándo verdadero abandono del derecho por parte del dueño.

Ihering presenta un caso de tolerancia, por la ocupación arbitraria, pero pública y pacífica de personas ausentes. Si éstas saben el hecho de la ocupación y dejan transcurrir el tiempo sin oponerse, su posesión queda afectada, porque hay tolerancia y negligencia por su parte.

El código de Chile pone un ejemplo de mera tolerancia: «el que *permite* que un ganado de su vecino transite por sus tierras eriales ó paste en ellas, no por éso, dice, se impone la servidumbre de tránsito ó pasto.»

Fácil es multiplicar los ejemplos: A. consiente en que B. extraiga arena, cal ó yeso de su heredad, ó permite que en ella deposite estiércol ó escorias ó materiales; C. autoriza á D. para que habite gratuitamente una casa de su propiedad mientras busca otra habitación; G. se lleva para leer un libro de su amigo F. á quien se lo ha pedido; H. consiente en que Z. abra una ventana que da á un patio ó corral, etc.

Si los actos se realizan en virtud del derecho que confiere un acto ó contrato civil celebrado con el dueño, no hay mera tolerancia.

B.—*Actos clandestinos y sin conocimiento del dueño.*

Volvemos á observar cierta redundancia ó contradicción en las palabras del art. 444. ¿Qué quiere decir actos clandestinos? ¿Es posible que lo sean y tenga conocimiento de ellos el dueño?

Nuestro Código no define la clandestinidad. El código de Sajonia dice que es posesión clandestina la que se ejerce de tal manera que no puede tener noticia de ella el verdadero dueño de la cosa. El de Guatemala también la define como la que se ejerce ocultándola á los que tienen derecho á ella.

Pero no debe ser esta la idea del Código español, cuando añade: «y sin conocimiento del dueño». Es visto que exige dos cosas: que los actos sean clandestinos y que de ellos no tenga el dueño conocimiento. Para que esta apreciación resulte verdadera, veamos el sentido que hay que dar á la frase «actos clandestinos».

Hay en nuestro Código otro artículo, que es el 1941, que exige para la prescripción que la posesión sea *pública*, de donde es fácil deducir que la posesión *no pública,* es la que el art. 444 califica de clandestina ú oculta.

La posesión, para ser pública, ha de ser manifiesta, de posible conocimiento para todos. Para ello no es preciso que la posesión se inscriba; basta que no sea disimulada y encubierta, sino en faz del dueño, de modo que la generalidad lo sepa y el dueño pueda saberlo, si en algo se cuida de sus cosas. Y será clandestina en el caso contrario.

En este sentido, sin duda el más propio, las palabras del Código se comprenden. La clandestinidad, la ocultación, el disimulo, el misterio de que se rodea la posesión, debe impedir que llegue á conocimiento del dueño de la cosa ó del derecho, porque á ese fin tiende el tenedor; pero no es requisito indispensable en ella esa falta de conocimiento. A pesar de todo el disimulo y ocultación del tenedor, el dueño puede llegar á saber que otro posee lo que es

suyo, como á pesar de todo el misterio de un crimen puede llegar á descubrirse su autor. De aquí que el art. 444 exija la existencia de actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del dueño. Si, pues, el dueño prueba que los actos del poseedor no eran públicos, quedará probada la clandestinidad y con ello establecida una presunción de ignorancia de esos actos por el dueño; pero si el tenedor prueba á su vez que, á pesar de todo, dicho dueño tuvo conocimiento de los actos posesorios, faltará uno de los requisitos del art. 444 y el dueño será perjudicado por los expresados actos.

Téngase presente que tratamos de la adquisición de la posesión, y que aunque el art. 444 habla de la falta de conocimiento del dueño, lo mismo ha de entenderse respecto á la falta de conocimiento del legítimo poseedor, ó como dice el código de Guatemala, respecto á las personas que tengan derecho á la posesión.

La posesión de los bienes inmuebles difícilmente puede ser clandestina. Pothier se ocupa, no obstante, de un caso tomado de la costumbre de Orleans, art. 253: «Si alguno para ensanchar sus sótanos ha cavado bajo terreno de la casa vecina y lo ha unído á los suyos». Lo mismo ocurrirá respecto á una casa de campo cerrada, en la que se guareciera por las noches algún vagabundo.

En cuanto á los bienes muebles, es más fácil su ocultación. Pero tampoco ha de exigirse que el objeto se ponga á todos de manifiesto. Cada cosa ha de destinarse á su uso adecuado, ha de usar de ella el tenedor del mismo modo que el propietario lo haría en su caso. Por esto la posesión de una alhaja no puede manifestarse lo mismo que la de un caballo. Para que la posesión sea pública ó no clandestina, basta que no se oculte, que no se encubra, que se tenga á ciencia y paciencia de todos los que lo han querido ver y saber, como decía la costumbre de Melun.

Advertiremos, por último, que la exigencia del art. 444 respecto á la falta de conocimiento del dueño ó legítimo poseedor, debe referirse al momento de la adquisición ó al principio de los actos clandestinos, pues es claro que más tarde, para llegar á reclamar, tiene que saber lo que ocurre ó conocer esos actos. Además, en

todo caso, sirve de excepción al dueño la falta de publicidad de los actos posesorios.

C.—*Actos de violencia.*

En este punto, el sentido del artículo es más claro. Basta decir actos de violencia para que se comprenda lo que tales palabras significan. El código de Guatemala, por si quedase duda, las explica. «Posesión violenta, dice, es la que se adquiere por la fuerza, cuya fuerza puede ser actual ó inminente. Es también poseedor violento el que en ausencia del dueño se apodera de la cosa, y al volver dicho dueño le repele.»

Por lo demás, la violencia puede ejercitarse por uno mismo ó por instigación suya, y contra cualquier poseedor.

El art. 1941 exige también para la prescripción que la posesión sea pacífica, circunstancia que se refiere al momento de la adquisición, y confirma el art. 444. La violencia, como acto de fuerza contra las personas ó las cosas, rara vez dejará de caer bajo la acción del Código penal. El que ocupa varias alhajas forzando una cerradura, adquiere también violentamente la posesión. Habrá allanamiento de morada, usurpación ó robo, según los casos.

En el art. 464 estudia el Código civil el derecho que corresponde al dueño para reivindicar las cosas muebles perdidas ó de que hubiese sido privado ilegalmente, punto este último que guarda relación con el presente.

Además, el art. 1956 trata del caso especial de haber sido hurtadas ó robadas las mismas cosas muebles, disponiendo que no pueden ser prescritas por los que las hurtaron ó robaron, ni por sus cómplices ó encubridores, á no haber prescrito el delito ó falta ó su pena, si hubiera sido condenado, y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito ó falta.



Los actos explicados no afectan á la posesión.—Ahora bien: los actos meramente tolerados, los ejecutados clandestinamente y sin

conocimiento del dueño, ó con violencia, *no afectan á la posesión*. ¿Qué quiere decir con esto el art. 444? Quiere decir que esos actos no constituyen verdadera posesión, ni atacan al derecho del verdadero poseedor; que á pesar de ellos, la posesión sigue residiendo en el que la tenía, sin que por tales actos se interrumpa el plazo para prescribir, ni se altere el derecho á la percepción de frutos ó al disfrute del derecho poseído, ni se prive al poseedor, una vez demostrada la mera tolerancia, clandestinidad ó violencia, de su exención de probar. Quiere decir que por tales actos no se adquiere posesión; que para todos los efectos que puedan redundar en beneficio del poseedor legítimo, se entiende que éste, como dice el art. 466, ha disfrutado la cosa sin interrupción (1). Pero no puede significar siempre que todos esos actos se consideren en absoluto como no realizados, porque para que el poseedor verdadero pueda disfrutar de tal beneficio, para que su posesión no sea afectada, no tiene más remedio que justificar, por acción ó excepción, según quien reclame ó demande, la violencia ejercida, la clandestinidad de los actos, ó la licencia, autorización ó permiso que concedió; su sola afirmación no puede ser bastante. Los hechos consumados no pueden borrarse sin dejar rastro alguno; no es la estela del barco que desaparece, ni el fenómeno de espejismo que se disipa; pasan y se borran, pero su huella no puede menos de perturbar más ó menos transitoria ó eficazmente la posesión.

Aun en el caso de violencia, que es el más grave, véase lo que dispone el art. 464. Si la cosa sustraída ó de que ha sido privado ilegalmente el poseedor, pasa á poder de un tercero que la adquiere de buena fe en venta pública, puede reclamarse; pero ni aun el propietario obtendrá la restitución sin abonar ó reembolsar el precio dado por ella. Y esto, probablemente, después de los gastos, disgustos y trastornos de un pleito. Bien puede no descuidarse un momento el dueño ó legítimo poseedor, si quiere evitar que actos declarados ineficaces por el Código, que se dice que no afectan á

(1) Para los terceros habrá una tenencia. La posesión que no se afecta es la del poseedor legítimo.

su posesión, lleven tras de sí consecuencias harto sensibles. Dirán los legisladores que *la posesión* no se afecta, y tienen razón; lo que se afecta son los intereses del poseedor. Pero, ¿por ventura no es la consecuencia irremediable? No hay que olvidar que al pasar á un tercero de buena fe la cosa ó el derecho, la situación no puede menos de modificarse, interviene un factor nuevo con que no se contaba, surge un conflicto que inevitablemente ha de llevar consigo profunda alteración en el principio sentado por el art. 444. Sostenerlo en todo su rigor sería injusto: el poseedor tendrá acción para reintegrarse contra el causante de los perjuicios y trastornos que por culpa de éste han sobrevenido.

ARTÍCULO 445

La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión. Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores, el más antiguo; si las fechas de las posesiones fuesen las mismas, el que presente título; y, si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito ó guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión ó propiedad por los trámites correspondientes.

Entramos en otra doctrina nueva en nuestro derecho, pero envuelta en las nieblas de un misterio. Es un cuadro con figuras ó detalles bien dibujados y manifiesto, pero cuyo asunto no se comprende; lo que sobra en el detalle falta en el conjunto.

Forma contraste con nuestro Código, en esta materia, el código portugués, el cual considera como mejor posesión la que se funda en título legítimo; á falta de éste ó en presencia de títulos iguales, la posesión más antigua; siendo de igual fecha, la actual; y si ambas fueren dudosas, será puesta la cosa en depósito mientras se decide á quién pertenece. Todo para el caso de que la posesión sea de menos de un año, y al efecto de poder ejercitar los interdictos (art. 488).

Parece que el art. 445 de nuestro Código se complace en invertir el orden de preferencia, y tal vez por lo mismo insiste en que se trata del *hecho* de la posesión. No vemos, sin embargo, que la solución que da sea más justa. En cambio, la generalidad de su expresión puede hacer mayor el peligro de una injusticia.

*
* *

Imposibilidad del reconocimiento de la posesión como hecho en dos personalidades distintas.—La primera parte del artículo quiere expresar una verdad indudable. *La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas*, fuera de los casos de indivisión. En los casos de indivisión habrá dos ó más personas, pero una sola personalidad; por lo cual, si se habla de personalidades, no se trata de ninguna excepción á la regla que se intenta establecer.

Ni es este sólo el defecto de la primera parte del art. 445. La posesión, como hecho, puede reconocerse y existir en dos personalidades distintas, atendiendo á diversos momentos. Al mismo tiempo, como coetáneas ó simultáneas, es como no puede admitirse. Además, se expone sólo un aspecto de la verdad; la propiedad, como derecho, tampoco puede reconocerse en dos personalidades distintas; el usufructo, como derecho, tampoco puede pertenecer á dos; la posesión, como derecho, se halla en el mismo caso que la propiedad y el usufructo, y que la posesión, como hecho. El Código no niega esta verdad: se refiere al hecho y respecto de él la afirma: esto es todo. Queda, pues, eliminado cuanto al derecho se refiere.

Pero obsérvese bien, que el art. 445 no niega la posibilidad *de la existencia* de la posesión, como hecho, en dos personalidades distintas; solamente dice que la ley no puede *reconocer* esa doble existencia. Y hacemos notar esto, en primer lugar, porque es muy fácil tomar una cosa por otra, como sucede en casi todos los comentaristas, y en segundo, para que no se note una contradicción en el mismo artículo. Dice éste, en efecto, en la segunda parte, que

después examinaremos, que se preferirá la posesión actual, y si ambas fuesen actuales, la más antigua. Dos posesiones actuales son dos posesiones de hecho; luego el Código, no sólo no niega la posibilidad de su existencia, sino que hasta supone el caso en que de hecho existan; sin embargo, no puede reconocerlo ó admitirlo como legal. Se entiende, si media contienda, ó si ambas posesiones pretenden ser cada una de ellas la única, pues no habría contradicción en la indivisión.

***

Cuestiones sobre el hecho de la posesión.

A.—Tiene preferencia, en primer término, el poseedor actual. La ley podrá ser injusta, pero es lógica. Puesto que del hecho se trata, la posesión actual se manifiesta con toda la fuerza avasalladora del hecho mismo. Conociendo, por lo tanto, lo ordenado en el art. 445, siempre que una persona ocupe materialmente la cosa y otra carezca de esa actual posesión, la contienda que se supone no existirá, porque sería perfectamente inútil; en ese caso podrá reclamarse el derecho de posesión, el hecho nunca..... ¿para qué?

El concretarse al hecho lleva consigo un peligro. Sobre una misma cosa caben diferentes derechos: el del dueño ó mero propietario, el del usufructuario, el de la persona que aprovecha los pastos, etc. De hecho, la cosa se ocupa, se tiene ó se disfruta para cada fin determinado por una sola persona; el que posee la servidumbre de pastos respecto á los pastos, el usufructuario ó el arrendatario respecto á lo demás. Pero cuando sólo se trata del hecho, ¿cómo decidir el derecho que ese hecho envuelve y representa? Hay que suponer que ese hecho simula siempre el dominio. Toda prueba sobre el derecho debe rechazarse como impertinente: el usufructuario que de hecho posee, será, por lo pronto, el poseedor con preferencia al propietario que no posee. Este resultado es irremediable y de aquí el peligro cuya existencia hemos hecho notar.

B.—Si resultan dos poseedores, será preferido el más antiguo.

Se entiende dos poseedores actuales. Este caso es posible, aunque raro. Al volver A. á su casa, se encuentra á B. que ha ido á visitarle y pretende corresponderle la posesión; negándose los dos á abandonar la vivienda, tendremos un caso de dos posesiones actuales, que al no mediar proindivisión, se excluyen mutuamente. Al surgir el conflicto, la ley prefiere á A. como poseedor más antiguo.

Un contratista de maderas empieza á cortar los pinos de una dehesa, y estando practicando esta operación, se presenta cortando también otra persona que se cree autorizada para ello. Un ganadero lleva á pastar su ganado á cierto terreno, en el cual más tarde se introduce otro ganado con el mismo objeto, etc.

C.—Si las fechas de las posesiones fuesen las mismas, será preferido el poseedor que presente título. En el orden del código portugués, el título obtiene en primer lugar la preferencia: así es que todas las reglas han de encontrar su aplicación; pero en el orden del Código español puede decirse que esta tercera regla es letra muerta. Que existan dos posesiones actuales, ambas de igual antigüedad, es casi un imposible.

Pero también puede ocurrir que no exista posesión alguna actual, y habrá de aplicarse esta tercera regla.

Habla el art. 445 de título en el sentido de documento, puesto que ha de presentarse, y un acto jurídico no se presenta como un objeto cualquiera. Por lo demás, basta que se trate de un documento público ó privado en el que conste la adquisición.

D.—Esta regla hace sospechar que todo el artículo está escrito bajo la idea preconcebida, pero no expresada, de haber de aplicarse á la posesión en concepto de dueño. En efecto, no es creíble que presentando una de las partes un documento de arrendamiento, sea preferido al que posee como dueño. Y aun esto se explica, porque más vale un documento que una afirmación; pero si se presentan dos títulos uno de dominio y otro de usufructo, contradictorios, ¿por qué no dar á aquél la preferencia, en vez de imponer el depósito ó guarda judicial de la cosa? Aunque los dos poseedores presentasen títulos representativos de igual derecho, ¿por

qué no había de preferirse, antes de llegar á ese depósito, el título más antiguo? No parece sino que el art. 445 va huyendo de la justicia.

En cuanto al depósito judicial y sus reglas, nos referimos al comentario del art. 1785 y siguientes, que se ocupan de esta materia.

***

Cuándo se aplica lo dispuesto en el art. 445

Tenemos reunidos los materiales para un edificio; más aún que eso: los tenemos armados, unidos y enlazados. ¿Dónde edificamos? Lo único que falta en el art. 445 son los cimientos.

Prétendese aplicar este artículo á la posesión de menos de un año, siguiendo, aunque con distintas reglas, la doctrina del código portugués. Por fundadas deducciones se llega á establecer que adquiriéndose el derecho de posesión por el transcurso de un año, la posesión de menos de un año es una posesión *de hecho*, nada más, y á esa posesión se refiere el art. 445. ¿Será esto cierto? No nos atrevemos á afirmarlo: la ley no distingue: nosotros no podemos distinguir. Con el código portugués á la vista se ha escrito el nuestro, y al no repetír sus palabras, lo lógico es pensar que en este artículo, como en el 443, el legislador español no ha querido seguir la misma doctrina. Para admitir lo que se pretende sería preciso que después de un año de poseer no pudiera suscitarse cuestión alguna sobre la posesión, y esto precisamente no es facil demostrarlo. Después de llevar un año y varios meses pastando el ganado de A. en una dehesa, lleva B. otro ganado á pastar en la misma. Claro es que puede surgir la contienda sobre el hecho de la posesión después del año, y claro también que en tal caso es aplicable la segunda regla del art. 445. Luego siempre que haya contienda sobre el hecho de la posesión, sea antes ó después de transcurrir ese año, no hay más remedio que aplicar dicho artículo. La generalidad de su expresión no consiente otra cosa.

Esto no quiere decir que encontremos claro el caso de aplicación del art. 445.

Intentaremos investigarlo, sin embargo.

A. posee una finca que B. le reclama particularmente, presentándole un expediente posesorio inscrito en el Registro de la propiedad, instruído en una época anterior. No aviniéndose A. á devolverle la finca, fundado B. en su título, pide la posesión judicial. Enterado A., se presenta oponiéndose, con lo cual se hace contencioso el expediente, y si la oposición versa sólo sobre el hecho, tendremos un caso de aplicación del art. 445, regla primera.

Distingue el art. 327 del Reglamento Hipotecario (438 del proyecto de reforma) entre la oposición hecha por un tercer interesado en el curso de una información posesoria, contrayéndose exclusivamente *al hecho* de poseer en nombre propio, y la oposición en cuanto al derecho. En el primer caso, la cuestión ha de resolverse con el expediente; en el segundo, debe ventilarse en el juicio declarativo correspondiente. Si la contienda versa sobre el hecho, tendremos aquí otro caso de aplicación del art. 445.

Es frecuente en los juicios de faltas, que el demandado alegue estar en posesión de cierto terreno ó de ciertos pastos ú otra servidumbre. Surge entonces una cuestión prejudicial, y ya entienda en ella el mismo tribunal de lo criminal, ya el civil, en el termino, que no puede exceder, de dos meses, que al efecto se señale por aquél, puede ser resuelta esa cuestión por las reglas del art. 445. Véanse los arts. 2.° al 7.° de la ley de Enjuiciamiento criminal.

En los ejemplos que hemos puesto anteriormente sobre el hecho de coexistir dos posesiones actuales, el conflicto se presenta por sí mismo como irremediable, y no cabe duda de la posibilidad de aplicación del repetido artículo.

Por último, cuando se trata de cosas ó bienes que nadie posee materialmente, al menos en concepto de dueño ó de usufructuario, posible es promover una contienda sobre el hecho de la posesión, como medio más breve que el de reclamar el derecho en el juicio declarativo correspondiente. En virtud de los edictos publicados en el curso de un interdicto de adquirir, ¿quién duda que se pro-

voca á una cuestión de hecho, en cuya resolución cabe decidirse por el título ó decretar el depósito judicial?

Algo significa y para algo sirve, por lo tanto, el art. 445.

*
* *

Procedimiento

El artículo que comentamos supone un conflicto, que ha de resolverse según las reglas que expone. Habrá casos en los cuales, los particulares, por sí mismos, se avendrán teniendo en cuenta lo que se establece como verdad legal, que de todos modos ha de imperar. Decidirán otras veces árbitros ó amigables componedores. Pero llevada la cuestión á los tribunales de justicia, se impone como inevitable seguir un procedimiento cualquiera. No pretendemos que el art. 445 lo detallase, porque ciertamente no era de su incumbencia; mas no puede negarse que, tratándose de principios establecidos por primera vez en nuestro derecho, hubiera sido conveniente fijar una base, dar una norma que aclarase é hiciese practicable, sin dudas ni vacilaciones, el pensamiento del legislador.

Dos cosas hay indudables. Primero: Que aunque la contienda versa sobre el hecho de la posesión, en realidad lo que se resuelve es el derecho á esa posesión de hecho. Segundo: Que ha de seguirse un precedimiento breve y sencillo, dado el carácter provisional é inseguro de la resolución.

En nuestra opinión, el procedimiento más conveniente sería el establecido en los artículos 1642 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, para el caso de hacerse oposición á la posesión acordada en un interdicto de adquirir, pero admitiéndose toda clase de pruebas, si así se creyere necesario. O bien el marcado para los juicios verbales en general, que es casi el mismo. Así también creemos que deben practicarlo los tribunales hasta tanto que se provoque ó acuerde lo que se estime procedente por quien corresponda.

No es dudoso que la competencia debe establecerse con arreglo

á lo dispuesto en el art. 62 de dicha ley de Enjuiciamiento, según que se trate de la posesión de cosas inmuebles, ó de cosas muebles ó semovientes (reglas 2.ª y 3.ª). Tampoco creemos necesaria la intervención de abogado ni procurador, ni el intento de conciliación ante juez municipal competente.

En virtud de las últimas palabras del art. 445, quedan siempre á las partes reservados sus derechos para reclamar en el juicio declarativo correspondiente la posesión como derecho ó la propiedad, lo cual es conforme con la índole del asunto ó cuestión que se ventila y resuelve.

CAPÍTULO III

Efectos de la posesión.

De excesiva importancia es el capítulo tercero. Se trata de los efectos jurídicos de la posesión.

El art. 446 fija en lugar preferente como efecto de la posesión en general el derecho á su amparo y defensa, y en caso necesario á su restitución por medio de los interdictos. Señala el 447 la posibilidad de la adquisición del dominio por prescripción. Presume el 448 que el poseedor en concepto de dueño, posee en virtud de justo título y no se le puede obligar á exhibirlo. Marcan los 451 y 452 el derecho al percibo de frutos mediando buene fe. Consagra el 453 el derecho de retención por el poseedor sobre la cosa poseída. Los mismos 451 al 453 y los 454 al 458 detallan otros efectos importantes relacionados con la presentación del dueño ó poseedor de mejor derecho. Se establecen en los 449, 450, 459, 464 y 466 otras presunciones favorables todas al poseedor, y en los 461 al 465 ciertas reglas especiales á la posesión de bienes muebles, inmuebles, semovientes, al caso de pasar las cosas á un tercero de buena fe, etc. Por último, el art. 460 mezcla impropiamente en la materia lo referente á la pérdida de la posesión.

A los innumerables efectos asignados á la posesión por los jurisconsultos anteriores á Savigny, fueron sustituídos por éste solamente dos: la usucapión y los interdictos. El Marqués de Olivart no admite como propio y exclusivo de la posesión más que uno: los interdictos, y aun éstos, hay autores que los consideran fundados, no en la posesión, sino en la violación del orden público ó del derecho privado. Cierto que para determinados efectos han de acompañar á la posesión determinadas condiciones. Cierto también que otros efectos no son peculiares á la posesión ó exclusivos de ella; pero no cabe duda de que no por eso es posible prescindir de tales efectos al estudiar la posesión.

Así, todo poseedor, por efecto exclusivo de la posesión, puede utilizar los interdictos de retener y recobrar; si posee durante cierto tiempo en concepto de dueño, puede adquirir el dominio por prescripción, y si tiene buena fe, tendrá derecho á los frutos percibidos, abono de gastos necesarios y utiles, etc., y aun á retener lo que posee, hasta tanto que la otra parte que ha vencido en el pleito cumpla sus respectivas obligaciones. Como toda persona, tiene el poseedor el derecho de legítima defensa de sus bienes, y como todo litigante, mientras los que intenten privarle en juicio de su posesión no prueben lo que afirman, no está ese poseedor obligado á demostrar el derecho en que se funda ni á exhibir el título de su adquisición, ni á justificar una posesión intermedia. Todos estos efectos y otros secundarios lleva consigo la posesión, sea por lo que fuere, y en general ó revestida de circunstancias especiales.

Suelen separarse tres grupos en el estudio de los efectos de la posesión: 1.° En cuanto á la presunción de ser dueño el poseedor y adquisición posible del dominio. 2.° En cuanto al ejercicio de los interdictos. 3.° En cuanto á la presentación del verdadero dueño ó poseedor de mejor derecho (frutos, mejoras y gastos, accesiones y menoscabos). Nosotros tenemos que seguir paso á paso el orden del Código.

ARTÍCULO 446

Todo poseedor tiene derecho á ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado ó restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen.

I

CONSIDERACIONES GENERALES

Todo derecho debe ser respetado por todos, y la posesión, como un derecho, aunque sea de simple ejercicio, exige el mismo respeto. De aquí la disposición de la primera parte del art. 446. Si ese respeto no se guarda, la ley se encarga de hacerlo guardar. La falta de respeto se traduce en actos que perturban é inquietan al poseedor, perturbación ó inquietud que puede consistir, ya en una simple amenaza de despojo, ya en un despojo consumado. Por esto dice el art. 446, en su segunda parte, que el poseedor deberá ser amparado (mantenido) en su posesión, ó restituído en ella. ¿Cómo? Por los medios que las leyes de procedimiento establecen. Obsérvese que no dice por medio de los interdictos de retener y de recobrar, sino, en general, por los medios que las leyes de procedimientos establecen.

Artículo es el 446 cuyo comentario podemos llamar elástico, puesto que lo mismo podía bastar lo expuesto, que entrar en toda la serie de cuestiones que la materia de la protección posesoria lleva consigo. Tan sólo la jurisprudencia civil y administrativa sobre interdictos llenaría un volumen. No consienten los límites de esta obra un extenso estudio de tan importante cuestión; pero procuraremos exponer algunas ideas generales, únicas propiamente oportunas en lo que al derecho civil y al art. 446 se refiere.

Expuestas quedaron en las consideraciones generales preliminares á la posesión, si bien por manera breve, las muchas teorías inventadas para explicar el fundamento de la protección posesoria, y no hemos de insistir en ello, por ser cuestión de carácter más teórico que práctico.

No toda falta de respeto á la posesión se traduce en violencia, ni aun la violencia sobre las cosas objeto de la posesión constituye siempre delito. El delito requiere siempre intención de obrar mal ó de un modo contrario al derecho. Los delitos en que existe violencia sobre las cosas (robo ó usurpación), requieren la intención de apoderarse de la cosa ó derecho ajeno con pleno conocimiento ó á sabiendas de que no pertenecen al despojante, ladrón ó usurpador. Por regla general, los actos que motivan los interdictos se ejecutan, por el contrario, en la creencia de tener sobre la cosa algún derecho. De aquí que no pueda confundirse el delito ni aun con el despojo de la posesión, y que las acciones civiles ó criminales que del hecho nacen ó pueden deducirse, sean perfectamente distintas y separables, y puedan marchar con independencia. Siguiendo á Bruns, podemos decir que el hecho de arrebatar á una persona la posesión, sea con fuerza ó por error, de buena ó de mala fe, produce siempre el derecho al interdicto de recobrar ó sea á la restitución, porque hay un cambio real del anterior estado posesorio, en cuanto la posesión que era del despojado pasa á las manos del despojante. Por esto dice el Marqués de Olivart que los interdictos son un efecto propio y exclusivo de la posesión.

Si con el acto violento se produce al mismo tiempo un delito, ya contra la persona del poseedor, ya contra las cosas que posee, habrá además responsabilidad criminal, que nada tendrá que ver con el despojo en sí mismo, ya que éste puede existir sin delito, y aun puede existir delito sin despojo consumado. Por lo demás, es sabido que si se sigue el procedimiento criminal, habrá de esperarse su resultado para obtener la restitución, indemnización, etc., caso de que realmente se pruebe que existió delito; y si se sigue el procedimiento civil, de él pueden resultar méritos para la responsabilidad criminal, ó aunque no resulten, puede después perseguirse y probarse el delito que con el despojo se realizó.

No cabe duda que los medios más esenciales establecidos en la ley de procedimientos para garantir el principio del respeto debido á la posesión, son los interdictos de retener y de recobrar. Nos ocuparemos, pues, de lo más esencial referente á los mismos.

II

INTERDICTOS

1.° Su naturaleza. Cuándo procede el de retener ó recobrar.— Los interdictos, siguiendo la definición que de ellos dan los autores de procedimientos, son unos *juicios sumarísimos*, que tienen por objeto el decidir *interinamente* sobre el *hecho* de la posesión sin perjuicio del derecho de los interesados, ó suspender ó evitar un hecho que nos perjudica. Reciben también ese nombre las *acciones* concedidas al poseedor para obtener ese mismo resultado.

Por su propio carácter, las resoluciones en ellas recaídas no deciden nada en definitiva, y son siempre sin perjuicio de tercero de igual ó mejor derecho. Después de los interdictos puede siempre seguirse un juicio más amplio, en el que se aleguen, examinen, discutan y resuelvan las cuestiones relativas al derecho. Ni podía ser de otro modo, toda vez que, en lo que á nuestro estudio interesa, la posesión de hecho puede tener á su favor la presunción del derecho á poseer; mas tal presunción cede forzosamente ante una prueba en contrario prueba que, como referente al derecho y no al hecho, no cabe ni prospera dentro de la naturaleza del interdicto.

«El interdicto de retener ó de recobrar, dice el art. 1651 de la ley de Enjuiciamiento civil, procederá cuando el que se halle en la posesión ó en la tenencia de una cosa, haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle ó despojarle, ó cuando haya sido ya despojado de dicha posesión ó tenencia.»

Los dos hechos esenciales que han de probarse, según el 1652, son:

«1.° Hallarse el reclamante ó su causante en la posesión ó en la tenencia de la cosa.

»2.° Que ha sido inquietado ó perturbado en ella, ó tiene fundados motivos para creer que lo será; ó que ha sido despojado de dicha posesión ó tenencia; expresando con toda claridad y precisión los actos exteriores en que consistan la perturbación, el co-

nato de perpetrarla ó el despojo, y manifestando si los ejecutó la persona contra quien se dirige la acción ú otra por orden de ésta».

Es visto que los artículos citados y el 446 del Código guardan perfecta relación, puesto que se trata de amparar ó mantener en la posesión al que la tiene, ó de restituir en ella al que la ha perdido.

La doctrina del art. 446 está reconocida en favor del propietario en el art. 349 del Código, tomado del 10 de la Constitución del Estado de 1876. La misma doctrina se repite en el art. 4.º de la ley de Expropiación forzosa de 10 de Junio de 1879.

2.º Personas que pueden ejercitar los interdictos de retener ó recobrar.—Prescindiendo de la ley de Enjuiciamiento civil, tiene derecho á utilizar los interdictos *todo* poseedor, con arreglo al artículo 446, y es poseedor, según el 430, el que tiene la cosa ó disfruta el derecho, con ó sin la intención de haberlos como suyos.

No cabe duda, por lo tanto, de que lo mismo el poseedor civil que el poseedor natural, lo mismo el que posee en concepto de dueño que el que posee en concepto de no dueño, pueden ejercitar los interdictos. Los que poseen en nombre de otro, gozan de igual facultad, aunque no por derecho propio, sino representando la personalidad del verdadero poseedor, en cuyo nombre poseen. Véase la sentencia de 3 de Abril de 1884.

El art. 1560 del Código concede acción directa al *arrendatario* contra el perturbador de la posesión, y lo que se concede al arrendatario no puede negársele al usufructuario, al usuario y al que disfruta el derecho de habitación. Esto no obsta á la disposición del art. 511, según la cual, el usufructuario está obligado á poner en conocimiento del dueño los actos de un tercero de que tenga noticia y sean capaces de lesionar los derechos *de propiedad.*

El depositario, el comodatario, el acreedor prendario, el anticresista, el que disfruta el derecho de retención, etc., todos los que disfrutan de una posesión especial, nacida de un derecho que les confiere la ley, ó un acto ó contrato civil celebrado con el dueño ó poseedor legítimo, son también verdaderos poseedores, por lo que, si son inquietados en su especial posesión ó despojados de ella, han de poder utilizar los interdictos.

Lo mismo decimos respecto á todo el que posea un derecho sea ó no real. Véanse las sentencias de 3 de Enero de 1893 y 11 de Julio de 1881. En la primera se trataba de un interdicto ejercitado para el amparo en la posesión de los derechos de socio. Siempre que haya despojo de un derecho de que se está en posesión, hay lugar al interdicto.

Nada importa la buena ó mala fe del posedor, puesto que en estos juicios esa cualidad no se discute y la buena fe se presume. En el juicio declarativo posterior procedente se podrá probar la mala fe y producirá sus naturales consecuencias.

Ahora bien: el tenedor por actos *meramente tolerados*, el tenedor *clandestino* y el *violento*, ya dijimos (art. 444) que no son verdaderos poseedores, puesto que sus actos no afectan á la posesión. Legalmente entendemos que no pueden utilizar los interdictos de retener ó de recobrar, al menos contra el poseedor que les tolera ó á quien han despojado.

En principio la cuestión es distinta, puesto que ni al ladrón puede despojársele de lo que ha robado por la simple autoridad de un particular que se crea asistido de derecho. El medio de la defensa legítima de nuestra persona y nuestros bienes cesa desde el momento en que ya no hay necesidad racional de emplear la violencia, lo cual, unido á la provocación que el despojo supone, quita al acto las condiciones que le son inseparables. El que se crea con acción ó derecho, acuda á la autoridad competente, como dispone el art. 441.

Es doctrina admitida por la jurisprudencia que no pueden prevalecer en el juicío declarativo reservado á las partes después del interdicto de recobrar, los efectos de un auto restitutorio en favor de personas que no tienen la posesión civil ni natural de la cosa de que se han supuesto despojados. La sentencia de 14 de Octubre de 1890 se funda en que la persona que ejercitó el interdicto, mulero del demandado en éste, con cuyo carácter labró algunas tierras, no tenía posesión, por lo que no sólo procedía la devolución de la finca en cuya posesión malamente fué amparado, sino además la de las cantidades entregadas por costas, daños y

perjuicios en el interdicto, con todos los accesorios que lleva consigo la mala fe. No cabe duda de que si ese mulero hubiera sido considerado como poseedor, habría habido despojo, porque otra persona entró á labrar lo mismo que él labraba, y sin embargo, se reconoce que esa persona no despojó, sino que obró en virtud de un derecho que le correspondía.

En la práctica es costumbre que los encargados del dueño ó verdadero poseedor, y los tenedores por actos meramente tolerados, avisen ó pongan en conocimiento de su principal ó concedente, los actos de perturbación de un tercero. De ordinario, cuando así no lo hacen, tratan de amparar ó proteger su insegura tenencia contra los mismos á quien la deben, lo cual, como luego veremos, y como se deduce de la sentencia de 14 de Octubre de 1890, no es nunca procedente.

El poseedor clandestino, difícilmente puede ser perturbado no siendo conocida su posesión. Pero tanto éste como el tenedor por actos violentos, de hecho, al ser perturbados ó despojados, podrán entablar el interdicto. Para que lo entable el tenedor violento, será preciso que haya habido abandono y negligencia por parte del verdadero poseedor, que no ejercitó oportunamente el interdicto que de derecho le correspondía; y de todos modos, si aquél lo entabla contra ese poseedor, obtendrá en su caso una resolución completamente ineficaz. No puede impedirse que ciertos abusos se realicen, pero son excesos que, según frase vulgar, llevan con el pecado la penitencia.

En resumen: legalmente, puesto que el art. 444 quita á los tenedores por actos meramente tolerados, clandestinos ó violentos, el carácter ó la consideración de poseedores que podrían alegar con arreglo al art. 430, no tienen esas personas derecho al empleo de los interdictos. De hecho, este empleo contra la misma persona que les concedió el permiso ó la autorización, ó á quien despojaron, que son precisamente las personas cuya posesión no queda afecta por tales actos, no puede ser eficaz, pues en definitiva brillará la verdad, y perderán no sólo su insegura y viciosa tenencia, sino hasta toda clase de utilidad, siendo de su cargo to-

das las costas del interdicto que pudiera prosperar. Por último, el empleo del interdicto contra terceras personas que les perturben ó despojen, ha de ser eficaz ó puede serlo, ya que esos terceros no pueden obrar en virtud de un derecho que les corresponda, ni á ellos les pertenecía la posesión, que no pudo ser afectada por los actos meramente tolerados, violentos ó clandestinos.

Respecto á los bienes ó derechos que se poseen *proindiviso*, los actos de cada partícipe aprovechan á los demás (véase el artículo 1933); la interrupción en la posesión perjudica por igual á todos (art. 450), por lo que hay entre ellos una especie de solidaridad que hace eficaz el interdicto ejercitado por uno cualquiera de los poseedores.

El poseedor *por menos de un año* tiene también derecho á ser amparado por los interdictos, como nos proponemos demostrar cuando nos ocupemos del tiempo en que dichas acciones han de ejercitarse.

Por último, según el núm. 1.° del art. 1652 de la ley de Enjuiciamiento civil, no sólo el poseedor perturbado ó despojado puede hacer uso del interdicto, sino también su sucesor á título universal ó singular, pues la palabra *causante*, usada en dicho artículo, puede aplicarse á todo antecesor en la posesión. En este caso, habrá de acreditarse con los documentos oportunos el carácter con que se presenta reclamando el actor.

3.° *Personas contra las cuales son procedentes los interdictos de retener ó recobrar.*—Por regla general, pueden entablarse contra toda persona que realice actos de perturbación ó despojo y contra sus herederos, si bien respecto á éstos ha de tenerse presente el art. 442.

Pero existe una excepción de importancia, cuando la persona que perturba ó arrebata la posesión obra en virtud de un derecho que le corresponde. La ley, en este caso, supone que no existe perturbación. Si aparte de ello hay delito, éste puede siempre perseguirse. Por esto creemos que, así como se declara no proceder el interdicto contra actos de la Administración, cuando ésta obra dentro del círculo de sus atribuciones, también debiera declararse

improcedente, mejor dicho, denegarse el amparo ó la restitución, cuando el demandado alegase y probase sumariamente su derecho á realizar el acto calificado de despojo ó de perturbación. Porque es lo cierto que, como en realidad, en los casos á que nos referimos, hay una posesión especial de hecho y actos que la perturban, ocurre muchas veces en la práctica que se ordena la restitución, por ejemplo, sin fijarse en razones que sólo se creen ó estiman pertinentes para el juicio declarativo á que hay después lugar, ocasionándose gastos y perjuicios tan innecesarios, como ilegales con arreglo al art. 1560 del Código.

El dueño que despide á un arrendatario sin despojarle; el propietario que sin violencia recoge las cosas que le pertenecen al terminar el comodato ó el depósito; el deudor que al pagar exige su prenda ó la finca que se disfruta en anticresis; el propietario vencedor en juicío que reclama al poseedor una vez abonados gastos y mejoras, la cosa que retiene; el labrador que surca por sí mismo la tierra que antes labró un criado suyo; el poseedor, despojado violentamente de su casa que vuelve á entrar en ella, etc., no perturban la posesión de ese arrendatario, comodatario, depositario, acreedor, propietario, criado ó poseedor violento; obran en virtud de un derecho. ¿Por qué han de necesitar recurrir al juicio declarativo para eludir la mala fe de los que solamente por él ó ilegalmente poseen? El juez que restituye la posesión, el ayuntamiento que por sí mismo la recupera dentro del año, también obran en virtud de un derecho y tampoco es procedente contra ellos el interdicto (1).

4.° Actos que motivan los interdictos de retener y recobrar.— Quedan expuestos al expresar cuándo proceden en general. Casi siempre se necesita que haya insistencia en los actos, pues un he-

---

(1) En principio, el interdicto debe proceder contra un tercer poseedor á quien pase la cosa; pero nuestro derecho no lo consiente. Habrá lugar á la cuestión de derecho, ó en casos excepcionales á la aplicación de las reglas del art. 445. Para que procediese el interdicto sería preciso que se presumiese la mala fe en el tercero.

cho aislado (pasar una vez por una finca) no revela verdadera intención de despojar. Ni hay despojo, cuando los actos en que consistía, han cesado ya cuando se entabla el interdicto. En este caso habrá habido perturbación. A veces un solo acto significa un despojo: levantar un muro que obstruya un camino, construir una presa que desvíe el curso de las aguas, etc. Una simple carta ó el pronunciar ciertas palabras no constituyen verdadera perturbación.

Tampoco hay perturbación de hecho, dice el art. 1560 del Código, cuando el tercero ya sea la Administración, ya un particular, ha obrado en virtud de un derecho que le corresponde. Esta disposición, dictada como especial en la materia de arrendamiento, expone en realidad un principio cierto en general, y aplicable por tanto siempre que se den las mismas circunstancias, según hemos hecho notar anteriormente.

Concretémosnos ahora á lo referente á la Administración.

Importante es cuanto á este particular hace relación, y requeriría mucho espacio el tratar de los actos en que la Administración tiene competencia, y el estudiar los diversos fallos del Consejo de Estado determinando cuándo procede y cuándo no el interdicto contra los actos administrativos.

Son *actos administrativos*, las resoluciones de las autoridades y corporaciones administrativas en materias de su competencia. Se requiere, pues, una resolución ó providencia administrativa, y competencia para dictarla.

La Administración ha de ser independiente en el ejercicio de sus atribuciones, y para que esta independencia no se menoscabe, contra los actos administrativos no procede la admisión de los interdictos. Así lo estableció la Real orden de 8 de Mayo de 1839, que, aunque se limitaba á proteger las atribuciones de los ayuntamientos y diputaciones provinciales, ha recibido una interpretación extensiva en virtud de las decisiones del Consejo de Estado de 31 de Julio de 1847, 26 de Enero y 23 de Febrero de 1848 11 de Septiembre y 9 de Octubre de 1850 y otras. Contra las providencias de todo funcionario ó cuerpo administrativo, sea el Gobierno, el gobernador, juntas de instrucción, alcaldes, pedáneos.

síndicos de riegos etc., está expresamente prohibida la admisión de interdictos; mas para ello es indispensable:

1.° Que obren en el círculo de sus atribuciones, esto es, que por razón de la materia haya competencia para dictar la providencia.

2.° Que dicha providencia sea anterior al acto de perturbación, pues éste puede ser consecuencia de ella, mas ella no puede convalidar lo que se hizo ilegalmente. Reales decretos sentencias de 16 de Noviembre de 1879, 22 de Junio de 1880, 4 de Noviembre de 1881 y 20 de Marzo de 1890.

La prohibición de admitir interdictos se halla también establecida por el art. 89 de la ley Municipal de 1877 y el 252 de la ley de Aguas de 1879.

Si en la providencia administrativa hay competencia, pero exceso, dudas ó abusos, la reforma, interpretación ó anulación sólo corresponde á la Administración misma, ante la cual puede recurrirse gubernativamente por medio de quejas ó recursos ante los superiores jerárquicos. Y si la providencia fué dictada á instancia de parte y lesiona un derecho preexistente, apurada la vía gubernativa, procederá el recurso contencioso-administrativo, que ha de intentarse dentro del término marcado al efecto. En su caso, procederá también contra los actos administrativos el juicio de propiedad ante los tribunales civiles ó el recurso de responsabilidad criminal.

Pero si las providencias de la Administración han sido dictadas en asuntos que no son de su competencia y con ellas se perturba la posesión de una cosa ó de un derecho, el interdicto será procedente.

Lo difícil es separar la falta de competencia del abuso, exceso ó extralimitación de atribuciones, porque este exceso puede ser tal, que determine la incompetencia, ó puede hallarse dentro de los límites de lo que al funcionario ó corporación administrativa les corresponde acordar ó decidir. De aquí la confusión que se observa en las decisiones del Consejo de Estado sobre esta materia.

No procede el interdicto contra los acuerdos municipales que

recaen sobre bienes comunales, ya ordenando la suspensión de obras y subasta de un solar de los mismos (R. D. Sentencia de 26 de Noviembre de 1879), ya permitiendo en ellos construcciones (10 de Diciembre de 1881), ya arrendándolos, ó cediéndolos, ó disponiendo su conservación ó la inscripción en el Registro de la propiedad (22 de Noviembre 1883, 11 de Diciembre de 1884, 29 de Agosto de 1887 y 13 de Agosto de 1894), ya distribuyendo los aprovechamientos (28 de Julio de 1887); ya se dicten, por último, para reivindicar esos bienes antes de que transcurra un año y un día desde que se despojó de dichos bienes al municipio (26 de Marzo y 26 de Noviembre de 1879, 9 de Febrero y 7 de Julio de 1880, 11 de Febrero, 26 de Mayo y 29 de Noviembre de 1884, y 2 de Enero de 1885).

La facultad de la Administración para recuperar *por sí misma* la posesión en el término de un año, contado desde la usurpación, fué reconocida por Real orden, fecha 10 de Mayo de 1884.

Tampoco procede el interdicto contra las concesiones administrativas hechas legalmente (RR. DD. de 29 Marzo de 1881, 20 de Marzo de 1882 y 5 de Octubre de 1884); contra los actos ejecutados en cumplimiento de una Real orden (30 de Marzo de 1880); contra aquéllos que tiendan á posesionar á un particular de la finca vendida al mismo en expediente de apremio (26 de Noviembre de 1878); contra la providencia que ordena la limpia de una acequia para la policía de las aguas, cegar un sumidero en la vía pública, construír un cementerio, cerrar un callizo como medida de salubridad, etc. (15 de Marzo y 28 de Junio de 1879, 4 de Diciembre de 1884, 10 de Septiembre de 1890, 29 de Enero de 1892 y 5 de Agosto de 1894).

Al efecto de que sea respetada la independencia de la Administración, puede promoverse la competencia á las autoridades judiciales, aun después de haberse dictado sentencia en el interdicto, puesto que para ese efecto dichas sentencias no pueden tener el carácter de firmes, según declaran las decisiones de 28 de Febrero y 2 de Septiembre de 1857, 3 de Febrero de 1882 y 17 de Septiembre de 1890.

Procede el interdicto para reparar las perturbaciones causadas por providencias administrativas dictadas sin competencia que lesionen derechos particulares.

No existe desde luego competencia administrativa para disponer en forma alguna de lo que pertenece á particulares, y por esto los Reales decretos sentencias de 30 de Enero de 1877 y 16 de Febrero de 1889 declaran procedente el interdicto contra la providencia de un Ayuntamiento constituyendo servidumbres públicas en terrenos de dominio privado; el de 20 de Febrero de 1877 determina que no es competente un Ayuntamiento para decretar la traslación de un mercado á un sitio de que no podía disponer, y los de 5 de Febrero de 1887, 24 de Octubre de 1888 y 14 de Abril de 1894 proveen sobre otros casos especiales. Tampoco procede la ocupación de terrenos de propiedad particular, aunque se obtenga concesión para la construcción de un camino, ferrocarril, etc., mientras no se incoe el oportuno expediente de expropiación forzosa por causa de utilidad pública y se llenen los requisitos prevenidos en el art. 3.º de la ley de 10 de Enero de 1879 (Reales decretos sentencias de 27 de Febrero de 1892).

No hay acto administrativo, cuando los funcionarios ó corporaciones obran con el carácter de particulares (4 de Febrero de 1880 y 20 de Abril de 1882).

Por último, también procede el interdicto cuando la administración intenta recuperar por sí misma la posesión de bienes de su pertenencia, después de transcurrir más de un año desde que se realizó el despojo (Real orden de 10 de Mayo de 1884 y Real decreto de 7 de Julio de 1880).

En vista de lo expuesto, nos parece que aun resulta algo privilegiada la Administración al poder recobrar por sí misma la posesión en ciertas condiciones, porque así como un particular despojado por ella tiene que acudir al interdicto, y aún intentado con razón muchas veces no prospera, así también cuando la Administración fuese perturbada ó despojada por un particular, debiera acudir al mismo procedimiento. Pero pareciendo aun poca esta concesión á ese poder absorbente, intentóse en un proyecto

de ley de la legislatura de 1891 á 92, sobre prescripción de bienes de dominio ó uso público y de los patrimoniales del Estado, de las provincias y de los municipios, privar á los particulares del derecho de promover interdictos contra la Administración, pretendiendo que en todo caso hubieran de ejercitar la acción reivindicatoria ó la real que les correspondiese. Afortunadamente, no prosperó semejante atentado, del que hacemos mérito ante el temor de que tarde ó temprano se consume la injusticia.

La demanda ordinaria contra la Administración ó contra otro particular puede intentarse siempre, y aun al mismo tiempo que el interdicto (R. D. sentencia de 4 de Febrero de 1889); pero no se impone como necesaria más que en el caso de que haya prescrito la acción interdictal ó no prospere.

Cuestión.—¿Obra la Administración dentro del círculo de sus atribuciones ó con competencia cuando, fundándose en la ley sobre bienes mostrencos, pretende despojar ó despoja á un poseedor sin título de su posesión?

Esta cuestión se nos ha presentado en la práctica. Según el art. 3.° de la ley de 16 de Mayo de 1835, corresponden al Estado, como bienes mostrencos, los detentados ó poseídos sin título legítimo, los cuales podrán ser reivindicados con arreglo á las leyes comunes. El art. 438 del Código permite la adquisición de la posesión por ocupación material, y en muchos casos no será tal ocupación título legítimo. Es indudable que ni aun la Dirección general de Propiedades y Derechos del Estado, y mucho menos las Delegaciones de Hacienda, tienen competencia por sí mismas para despojar al particular que posea sin título legítimo, puesto que los bienes han de ser reivindicados, cuando así lo acuerde la Dirección, ante los tribunales ordinarios, previa la prueba de la falta de título, y sin que el poseedor pueda ser compelido á exhibirlo ni inquietado en la posesión hasta ser vencido en juicio, según se dispone en el art. 4.° de la citada ley, circular de 28 de Julio de 1863, y sentencias de 28 de Febrero de 1884 y 10 de Enero de 1894. Los tribunales son, pues los únicos competentes para privar á particulares de la posesión, y por tanto, si la Adminis-

tración provincial ó general, por mala interpretación de las leyes, y aplicando indebidamente al caso citado, el art. 6.° de la ley de 16 de Mayo de 1835, ordenasen ú ocupasen por sí mismos los bienes de un poseedor, procede desde luego el interdicto; no hay exceso de atribuciones, hay verdadera incompetencia. Hay más: aun dudamos de la vigencia del precepto del citado art. 3.°, punto sobre el cual insistiremos en otro lugar.

Esto no obsta á la doctrina de la Real orden de 10 de Mayo de 1884, ya expresada, en el caso en que fuese aplicable atendiendo á la pertenencia del terreno ocupado ó indebidamente poseído, y al tiempo en que se procediese á recuperarlo.

5.° Tiempo para ejercitar el interdicto de retener ó recobrar.— La acción para recobrar ó retener la posesión prescribe por el transcurso de un año, según el núm. 1.° del art. 1968 del Código civil. Este tiempo debe contarse, en virtud de la regla general contenida en el art. 1969, desde el día en que pudo ejercitarse la acción, ó sea desde la realización de los actos de perturbación ó despojo, salvo si se tratase de una posesión clandestina, en cuyo caso no puede correr el término sino desde que los actos posesorios fueron públicos, ó desde que llegaron á conocimiento del despojado.

La disposición del art. 1968 parece tener su fundamento en el núm. 4.°, del art. 460, que declara perdida la posesión por el hecho de tener la cosa ó ejercitar el derecho otra persona por más de un año. Si, pues, se pierde la posesión, el que fué poseedor deja de serlo y no puede ejercitar las acciones posesorias, con arreglo al art. 446. Mas hay casos en los cuales la posesión no se pierde, ya porque sólo hubo conatos de despojo, ya porque el despojo, efectuado accidentalmente, cesó después. En estos casos, el poseedor no pierde el derecho á ser protegido por los interdictos, y sin embargo, al transcurrir un año desde el hecho que los motive, pierde la facultad de ejercitar el interdicto especial á que dicho hecho diese lugar.

Se respeta en esto la legislación anterior y el art. 1653 de la ley de Enjuiciamiento civil, que sin entrar en distingos sobre si se

ha perdido ó no la posesión, dispone que el juez admita la demanda de interdicto si aparece presentada antes de haber transcurrido un año á contar desde el acto ó los actos que la ocasionen, y que, si se presenta después, declare no haber lugar á su admisión, reservando al demandante la acción que pueda corresponderle para que la ejercite en el juicio que sea procedente.

Claro es que para la pérdida de la posesión no basta el simple transcurso del año, ya que ese término puede haber sido interrumpido con arreglo á lo que preceptúa el art. 1973 del Código; pero entendemos que la naturaleza de los interdictos rechaza toda cuestión sobre este particular, debiendo siempre declararse no admisible la demanda, cuando el término de un año prefijado en el artículo 1653 de la ley procesal haya transcurrido.

Cuestión.—Ahora bien: *¿se protege toda posesión, ó es necesario que el poseedor lleve cierto tiempo que implique la adquisición de ese derecho?*

Cuestión es esta bastante delicada, pero cuya resolución vemos clara.

Todo poseedor, dice el art. 446, tiene derecho á ser respetado en su posesión. ¿Es poseedor el que lleva menos de un año en la tenencia de la cosa ó ejercicio del derecho? Creemos que esto no admite duda, porque no hay disposición alguna que exija ése ni otro tiempo más ó menos limitado para elevarse á la categoría de poseedor. A. es despojado de su posesión á los siete meses de estar poseyendo; entabla el interdicto contra el perturbador ó despojante; ¿en qué puede fundarse la autoridad judicial para rechazar la demanda, si lo único que se exige es que se pruebe el hecho de la posesión y los actos perturbadores, si ambas cosas existen, y además no ha transcurrido un año desde el despojo? Creeríamos arbitraria semejante resolución; pero admitamos su existencia. El interdicto no procede: ¿qué recurso queda al que ha sido despojado? Se dice que el art. 445 sirve para resolver este caso; pero el artículo 445 da ya prejuzgada la cuestión: es mejor la posesión actual, la posesión de hecho, la posesión del despojante; en vano el despojado alegará el despojo; si para él no le sirve el interdicto, menos

le servirá el art. 445, que no admite más solución que la apuntada, ni da lugar á apreciaciones sobre la mayor ó menor justicia de la actualidad posesoria, ni tiene por objeto la restitución. Luego ese poseedor, hasta que lleva un año, si no cuenta con medios probatorios suficientes para justificar su derecho en el juicio declarativo correspondiente, habrá de resignarse con el despojo, y si puede probar lo que intenta, no el despojo, sino su derecho á poseer, será á costa de las dilaciones, gastos y trastornos de un largo pleito. ¿Y cómo prueba el derecho, si ni aun lo tiene á ser protegido por los interdictos? ¿Ni de qué puede servirle el probarlo, si antes de transcurrir un año lo vuelven á despojar?

La opinión contraria tiene algún fundamento. Si el poseedor perturbado no puede interponer el interdicto sino en el termino de un año, es porque al transcurrir este tiempo pierde la posesión, y al perderla él, la adquiere el perturbador. Antes del año la posesión no se ha perdido aún por el antiguo poseedor ni ha podido adquirirse por el tenedor nuevo. Luego éste no puede llamarse poseedor ni á él alcanza el beneficio de los interdictos. Si así no fuese, existirían al mismo tiempo dos personas con derecho á utilizar esas acciones, y el mantenimiento en la posesión correspondería al primero que las ejercitase: el perturbador utilizaría eficazmente el interdicto contra el mismo dueño. Este es el nervio de la cuestión y en la primera parte de lo que se afirma no falta lógica, siquiera haya de existir alguna confusión. De todos modos, la conclusión no guarda exacta relación con las premisas, pues éstas prueban algo respecto al interdicto empleado por el despojante contra el despojado, mas no respecto al que pueda interponer el mismo contra terceros, ó un poseedor por diversa causa y tiempo menor de un año.

Los mismos comentaristas, al ocuparse del art. 445, establecen una marcada distínción entre la posesión como hecho y la posesión como derecho, deduciendo que la posesión viene á convertirse en derecho por el transcurso de un año, según se desprende de los arts. 460, núm. 4.°, y 1968, núm. 1.° Y esto es todo: antes del año hay posesión y hay poseedores, siquiera esa posesión de hecho no se

halle consolidada ni convertida en derecho. El art. 446 se refiere á todo poseedor; en los interdictos se ventilan solamente cuestiones de hecho; el hecho de estar en posesión y el hecho de haber habido perturbación ó despojo. Luego la cuestión de derecho nada importa ni nada significa, luego para ejercitar el interdicto no es necesario poseer por más de un año. La ley no ve aquí más que un acto de justicia privada y lo condena; el dueño tiene derecho á lo que es suyo; no importa, eso no le autoriza para despojar al tenedor: si consuma el despojo, debe ante todo restituir, y después, por los medios legales, podrá probar y obtener el derecho que le corresponda. Y lo que se niega al dueño mismo, no puede concedérsele á cualquier otro pretendido poseedor de derecho.

El despojante no adquiere la posesión de derecho hasta que transcurre un año desde que empezó á poseer. Pero empezó á poseer, adquiere de hecho la posesión, si no medió violencia, clandestinidad ó mera tolerancia. Si es á su vez perturbado, la posesión nueva, como la anterior, se halla protegida por los interdictos, sea quien sea quien venga á perturbarle, si no obra en virtud de un derecho que le corresponda, porque nadie por sí mismo puede tomarse por su mano la justicia. Si el que se cree con derecho quiere evitarse el que se le condene á restituir, acuérdese del art. 441, y si fué despojado, acuérdese del 446. No perturbe al despojante, entable él el interdicto; que si por su parte no median actos perturbadores, nunca se dará el caso de que ese despojante pueda llevar contra él el arma que le sirve á todo poseedor de defensa. Si llega á haber dos despojos á dos diferentes poseedores, ¿qué extraño es que haya dos personas con derecho al interdicto? Si el dueño despoja á otro, ¿qué extraño es que contra él se ejercite esa acción?

En cambio, de seguir la doctrina que se pretende imponer, por evitar un mal, se irrogan otros mayores al poseedor. A. despojó á B.; pues para evitar que B. entable interdicto contra A., si aquél se descuida, y además perturba ó despoja á B., condenamos á B. á que sea despojado impunemente por C., por D., por F. y por cualquiera otro, mientras no lleve un año de posesión. Por proteger con exceso á A. y permitirle lo que nunca se tolera, dejamos com-

pletamente indefenso á B., en beneficio de otros tenedores con peor derecho. Es más: el interdicto no siempre (casi nunca) lo intenta un despojante. Adquiere la cosa un tercero de buena fe y con justo título. Si no puede valerse de los interdictos, ¿qué defensa tiene dentro del primer año contra toda perturbación ó despojo? ¿Es justo dejarle abandonado, aunque su causante despojase á otra persona de la posesión, porque esta otra persona dejase transcurrir seis, ocho ó diez meses sin entablar el interdicto?

No se entienda que con la distinción entre hecho y derecho de que partimos contradecimos la doctrina que sentamos al comentar el art. 445, sobre la generalidad de aplicación de este artículo á la posesión de más ó menos de un año. Al afirmar que la posesión de menos de un año (enlazando naturalmente diversas posesiones legalmente transmitidas) es una posesión de hecho y no de derecho, no deducimos que el poseedor de derecho, el poseedor por más de un año, no tenga también de hecho la posesión. Aunque lleve cinco años de posesión, si sólo contiende sobre el hecho, será aplicable el art. 445.

Deshecho el nudo, roto el nervio de la cuestión, los demás argumentos que se aducen no prueban nada ni en sí tienen valor.

Se cita la opinión de Laurent, la cual es lógica y natural. Laurent se ocupa del derecho francés, con arreglo al cual y al art. 23 de su ley de procedimiento, las acciones posesorias sólo pueden ejercitarse por aquellos que estén en posesión pacífica y no precaria un año por lo menos. Como el derecho español no sienta tal doctrina, la cita de Laurent es contraproducente.

El código de Portugal, art. 488, y el de Méjico, art. 957, expresan que si la posesión es de menos de un año, nadie puede ser mantenido ni restituído judicialmente, *sino contra aquellos cuya posesión no sea mejor*. No dicen, como se pretende, que el poseedor por menos tiempo de un año no puede ejercitar los interdictos, sino que no puede ejercitarlos contra los que tengan mejor posesión que ellos.

Esto se comprende, porque el código de Portugal, por ejemplo, permite al que es despojado de su posesión recuperarla por sí

mismo, aun valiéndose de la fuerza si lo hace inmediatamente, cosa que no consienten nuestras leyes, y porque como mejor posesión no se señala la actual, como en nuestro art. 445, sino la que se funda en un título legítimo, y en su defecto, la más antigua. Con el artículo 445 de nuestro Código, aun aceptando la doctrina de la primera parte del art. 488 del de Portugal, el despojante, como poseedor actual, tendría derecho á ser restituído contra el despojado.

Por último, que algo significa la distinción entre la posesión de más y la de menos de un año, es indudable, según hemos demostrado al principio. Esta es cuestión de derecho á la posesión. Que pretenda el que la ha perdido recuperarla, ya por interdicto, ya por otro medio, y verá ese año lo que pesa. En cuanto al art. 445, tiene su esfera de acción propia, conforme expusimos en su lugar, y no se menoscaba en lo más mínimo porque se conceda el interdicto de retener ó el de recobrar al poseedor por menos tiempo de un año.

Esto no quiere decir que nos desagrade la doctrina del código portugués, en cuanto tiene siempre en cuenta el respectivo valor de las dos posesiones que se presentan en lucha. Sólo es hacer constar que nuestra legislación es esencialmente distinta.

En nuestro derecho, el ejercicio de los interdictos sólo está limitado:

1.° Respecto al que no posee ó no es poseedor, teniendo presente la especial situación de los tenedores por actos meramente tolerados, clandestinos ó violentos.

2.° Respecto á aquellos casos en que no exista verdadera perturbación ó despojo, por obrar el tercero, sea la Administración, sea un particular, en virtud de un derecho que le corresponde (art. 1560). En general, por no existir perturbación.

3.° Respecto al tiempo, si la demanda se presenta después de un año á contar desde la realización de los actos que la ocasionan. En general, por la prescripción de la acción.

6.° Procedimiento de los interdictos de retener ó de recobrar.— Es bien sencillo, y se detalla en los arts. 1651 al 1662 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Los hechos que han de acreditarse, se justifican por información testifical, y una vez comprobados, se convoca á las partes á juicio verbal, el cual debe celebrarse en el término de ocho días, con ó sin asistencia del demandado, no admitiéndose más pruebas que las que se refieran al hecho de poseer, ó al hecho de la perturbación, dictándose sentencia en el día siguiente al de la terminación del juicio verbal.

En la sentencia que declare haber lugar al interdicto de retener, se mandará mantener al demandante en la posesión, y requerir al perturbador para que en lo sucesivo se abstenga de cometer tales actos ú otros que manifiesten el mismo propósito, condenándole en las costas. En la que declare haber lugar al interdicto de recobrar, se acordará que inmediatamente se restituya la posesión, condenando al despojante al pago de las costas, daños y perjuicios, y devolución de los frutos que hubiere percibido.

La sentencia es apelable en ambos efectos. Si se confirma la en que se declara haber lugar al interdicto, se procede á su ejecución en la parte que estuviese aplazada. Al efecto de determinar el importe de los daños y perjuicios, y el de los frutos, se celebrará otro juicio verbal, determinando el juez sin ulterior recurso, lo que deba abonarse, y procediéndose á hacer efectivo lo acordado, caso necesario, de la manera prevenida en el procedimiento de apremio, después del juicio ejecutivo.

Claro es que el interdicto puede prosperar en perjuicio del que tenga derecho á la propiedad ó mejor derecho á la posesión. De aquí el reservar siempre á las partes el derecho que pueda asistirles, para que lo hagan valer en el juicio declarativo que corresponda. El resultado de este juicio dejará muchas veces sin efecto la sentencia dictada en el interdicto; pero de aquí no puede deducirse que, siempre que quede ineficaz dicha sentencia, haya de decretarse la devolución de costas é indemnización de perjuicios (sentencia de 13 de Marzo de 1873). Esto dependerá de la buena ó mala fe del poseedor amparado ó restituído, de las circunstancias de la perturbación ó despojo, y aun muy principalmente, de si era ó no aquél verdadero poseedor, y tenía ó no, por

lo tanto, derecho á ser protegido por los interdictos, ya en absoluto, ya con relación á la persona ó entidad contra la cual los promovió. Véanse también las sentencias de 26 de Febrero de 1881, 22 de Enero de 1883, 16 de Febrero y 8 de Julio de 1885, y 18 de Octubre de 1890.

7.º Interdictos de obra nueva y de obra ruinosa.—Quedan expuestos los medios propios y exclusivos nacidos de la posesión en sí misma y destinados á su protección y defensa; pero el poseedor puede también utilizar otras acciones.

En primer lugar, puede ejercitar en su caso los interdictos de obra nueva y de obra ruinosa.

El interdicto de obra nueva tiene por objeto obtener la suspensión de una obra que puede causarnos perjuicio. Pueden ejercitarlo cuantas personas se crean perjudicadas por la construcción de dicha obra.

El interdicto de obra ruinosa puede tener dos objetos: 1.º, la adopción de medidas urgentes de precaución, á fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de un edificio, árbol, columna ó cualquier otro objeto análogo, cuya caída puede causar daño á las personas ó en las cosas; 2.º, la demolición total ó parcial de una obra ruinosa. Pueden ejercitar este interdicto los poseedores de fincas contiguas ó inmediatas que puedan sufrir perjuicio por la ruina.

III.—Acción publiciana

El poseedor es un propietario presunto, y como tal puede ejercitar la acción *aquæ pluviæ arcendæ,* la acción *ad-exhibendum*, y la acción *publiciana*, esta última nacida más bien del derecho de posesión que del de propiedad.

La acción publiciana tiene por objeto la restitución de la cosa con sus frutos, accesiones y abono de menoscabos; va con la cosa donde quiera que se encuentre, por lo que es de naturaleza real.

Corresponde al poseedor de *derecho*, ha de fundarse en un justo título, y exige la identificación de la cosa que se reclama, y la prueba del derecho á poseer.

Se da contra todo poseedor que no tenga derecho ó lo ostente inferior al del demandante; nunca contra el dueño ú otro poseedor de mejor derecho.

La sentencia que se obtenga no produce excepción de cosa juzgada en el pleito de propiedad, pues siempre ha de quedar á salvo el derecho del propietario.

Cuestión.—¿Subsiste en realidad la acción publiciana?—Siempre que hemos meditado sobre la naturaleza de la posesión, plenamente convencidos de que es un verdadero derecho, y un derecho real, cuando recae sobre cosas ó derechos reales, ha servido para aumentar, en lo posible, nuestra convicción la existencia de la acción publiciana. Confesamos que, deseosos de afirmarnos solamente sobre bases ciertas, nos ha ocurrido la duda de si verdaderamente corresponde ó no esa acción al poseedor, ya que no encontrábamos un texto claro en que apoyarnos, á pesar de observar que casi todos los autores la admitían, y que donde hay derecho no puede menos de existir acción.

Después hemos visto propuesta esta cuestión, y hemos visto sostener, aunque como verdadera excepción en la regla general, que sólo se funda dicha acción en la equidad, y como ésta no es bastante para que se conceda su ejercicio, hacía falta un texto legal, un artículo del Código que la estableciese, texto ó artículo que no existe, y al no existir, revela que no hay tal acción publiciana.

Texto legal, en disposiciones recientes, que de un modo expreso hable de esta acción, no lo conocemos, es verdad. Lo mismo ocurre en Francia y, sin embargo, la generalidad de los autores la admiten. Entre nosotros también es general su admisión por todos los autores de derecho civil ó de procedimientos. Pero no queremos fundarnos en argumentos de autoridad, mucho más, cuando sólo en Sánchez Román vemos que se intente apoyar en algo esa afirmación. Basta, dice este autor, que exista el derecho que esa acción debe proteger; no es necesaria ninguna declaración especial del Código civil.

Tenemos la misma persuasión que el autor aludido, y no cier-

tamente porque creamos que, si se priva de la acción publiciana al poseedor, deje de ser real su derecho. Véase lo que sobre este particular expusimos en las consideraciones preliminares sobre posesión.

Flota en el Código, en lo que á esta materia se refiere, la idea de considerar en la posesión un verdadero derecho, y aun así se expresa en determinados artículos, como el 438. Ni podría admitírse que un simple hecho produjese todos los derechos que se conceden al poseedor.

El art. 445 supone que la posesión puede considerarse como un hecho ó como un derecho, pues al referirse á contiendas surgidas sobre el hecho de la posesión, claramente indica que hay otras contiendas que no versan sobre el hecho. Ni se concibe además que si otra fuese su idea, prefiriese ante todo la posesión actual. Termina, sobre todo, con estas significativas palabras: «se constituirá en depósito ó guarda judicial la cosa mientras se decide sobre *su posesión* ó propiedad por los trámites correspondientes»; esto es, la cuestión *de hecho* no puede resolverse; hay que esperar á que se resuelva la cuestión *de derecho*, ya acerca de la propiedad, ya acerca de la *posesión*.

Hemos visto también que la posesión adquiere la consideración de derecho, cuando anteriores poseedores no pueden ya reclamarla, ó sea por el transcurso de un año.

Por último, el art. 446 proclama el respeto á la posesión, y el derecho á ser restituído en ella, no en el caso especial de que la cosa no haya pasado á tercero sino siempre, y por los medios que las leyes de procedimiento establecen, no por medio de los interdictos. Luego cabe un medio más solemne para obtener la restitución.

Veamos ahora la situación de ese poseedor de derecho si se le niega la acción publiciana.

1.° En el caso del art. 445.—A.—Durante la ausencia de un poseedor, ocupa un tercero las cosas. La contienda sobre el hecho es inútil. Algún derecho debe quedarle á ese poseedor.

A.—Depositada judicialmente la cosa por haber presentado

los dos poseedores título, y no tener ninguno la posesión de hecho, el que se cree con derecho preferente supone que ha de decidirse sobre su derecho á la posesión en juicio declarativo, y que estos son los trámites correspondientes á que se refiere la última parte del art. 445. El interdicto no procede. Entabla, pues, la acción publiciana, por no poder ejercitar la reivindicatoria, y el juez rechaza la demanda, por sí ó á petición de la parte contraria, por no existir tal acción en nuestro derecho ¿De qué le sirve la reserva de la última parte del art. 445? A su contrario le ocurrirá lo mismo. ¿Quedará depositada para siempre la cosa sobre la cual se pretende el derecho, será adjudicada al Estado como bienes mostrencos, ó ha de recurrirse á ocuparla de un modo violento? Cualquiera de estas soluciones es absurda. Se reserva un derecho y se niega la acción para hacerlo efectivo. ¿Es esto justo, es lógico siquiera?

2.º En el caso del art. 446.—A.—D., poseedor por más de un año, es despojado por B. de una finca; B. la vende á C.; D. entabla el interdicto, y B. es condenado como autor del despojo; pero como no tiene la cosa en su poder, no puede restituírla, C. se niega á su vez, y suscitada la cuestión sobre el hecho de la posesión, se resuelve contra D. por no ser poseedor actual. ¿Qué recurso le queda á D.? El sentido común resuelve que si prueba su mejor derecho á la posesión en el juicio declarativo que corresponda, aunque no pruebe la propiedad, debe recuperar su finca; pero para ello necesita una acción; si esa acción se le niega, no tiene más remedio que guardarse su derecho como un honor inútil, y presenciar que otro sin derecho alguno posea lo que él debiera poseer.

B.—¿Cómo prueba el perjudicado la mala fe de su adversario cuando, á pesar de ella, se le amparó ó restituyó? Un mulero labra en las tierras de A., éste le despide y labra por sí mismo; interpuesto interdicto, se ampara á aquél en la posesión: ¿cómo prueba A. su derecho y la mala fe de ese criado suyo?

Digamos lo mismo en el caso del art. 464, ya que reivindicar no siempre es posible, y negada la acción publiciana al poseedor,

por las mismas poderosas razones debe negársele al propietario. No hay texto legal expreso: luego tú, dueño, dejas de serlo si no puedes ejercitar la acción reivindicatoria.

Pero es más. Recorramos otro terreno: por ejemplo, las servidumbres. Se creía en la existencia de la acción confesoria: ¡vana ilusión! Repasamos todos los artículos que en el Código se ocupan de servidumbres, y no se habla nada de tal acción. Luego la acción confesoria es otro error, no existe en realidad; luego si al dueño del predio dominante se le niega el uso de la servidumbre, derecho no le faltará; sólo se encontrará sin acción.

No; tal absurdo no puede admitirse. No se concibe el derecho en una persona sin su respeto por parte de todos los demás, ni ese respeto puede exigirse sin una acción eficaz al efecto. Si el derecho reside en una cosa, no es eficaz la acción si no alcanza á todo tercero. La acción es la sanción del derecho, su arma defensiva, y no brota ciertamente el derecho de la acción, sino la acción del derecho. Hay un derecho reconocido en el Código, pues basta; ese derecho lleva inevitablemente consigo la acción necesaria para hacerlo efectivo, para que sea una verdad; es la acción bajo este aspecto el derecho mismo ejercitado, y se hallan tales ideas tan profundamente enlazadas, que si la acción se niega, queda virtual y realmente negado el derecho. La acción publiciana existe, por lo tanto, no por equidad, sino porque forzosamente tiene que existir, si es verdad que existe ó puede existir derecho á la posesión como expresa el art. 445 y se deduce de todos los artículos que de tal materia se ocupan.

No se presentan en la realidad dificultades prácticas, porque los tribunales admiten como propietarios á muchos que son poseedores, y prosperan acciones reivindicatorias fundadas en títulos que parecen de dominio aunque en verdad no lo sean; porque no se discute siempre ese título, sino su preferencia sobre otro; en suma, porque hay que expresar la naturaleza de la acción, mas no su nombre, y siendo justo lo que se pretende, se obtiene llamando acción reivindicatoria á lo que en multitud de ocasiones es solamente una verdadera acción publiciana. No se dé nombre á la acción, puesto

que no es preciso, y pídase la efectividad del derecho: ¿quién podrá rechazar la demanda?

ARTÍCULO 447

Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio.

ARTÍCULO 448

El poseedor en concepto de dueño tiene á su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar á exhibirlo.

I. *Art. 447.*—Se ha afirmado que el Código, al tratar de la posesión, se olvida de uno de sus más importantes efectos: la prescripción. Esto no es verdad, como lo prueba el art. 447; pero lo más raro es que los mismos que sientan la anterior afirmación, critican luego el art. 447, por ser propio de la materia de prescripción.

El Código se limita á sentar un principio cuyo desenvolvimiento se encuentra en los artículos 1930 al 1960. Uno de los efectos posibles de la posesión es la prescripción, á que sólo puede aspirar el poseedor en concepto de dueño. Ni habla el Código, ni tenía para qué hablar en este lugar de la buena fe; poseedor en concepto de dueño (aunque tenga mala fe), esto es lo único que dice el art. 447, y al ocuparnos de la prescripción, tendremos ocasión de insistir y desenvolver esta doctrina.

II. *Art. 448.*—Sigue en él ocupándose el Código de los efectos de la posesión en concepto de dueño.

El poseedor en concepto de dueño tiene á su favor la presunción legal de que posee con justo título. Conveniente será recordar que el poseedor en concepto de dueño puede serlo, bien con relación á una cosa, bien con relación á un derecho; de modo que no se trata solamente de lo que con verdad se entiende por propiedad real ó presunta, el que goza y dispone de una cosa. El usufructuario, el censatario, etc., poseen también en concepto de dueños el

derecho real que les corresponde. Por esto el art. 1952 dice que, se entiende por *justo título*, el que legalmente baste para transferir el dominio ó derecho real de que se trate.

A.—Contra la presunción del art. 448, ¿se admite prueba en contrario?—El justo título, definido en el art. 1952, es el que se presume en el 448 que existe desde luego. No añade la ley que esta presunción subsiste únicamente mientras no se pruebe lo contrario; pero no puede menos de ser así. Lo contrario equivaldría á sentar un axioma, un principio incontrovertible, desprovisto de base y de justicia.

Se trata de una presunción *legal*, de aquellas á que se refieren los arts. 1250 y 1251. Las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba á los favorecidos por ellas; pero pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que la ley *expresamente* lo prohiba. No hace falta, pues, en el art. 448, la consabida muletilla, «mientras no se pruebe lo contrario»; en realidad, sobraría aquí, como sobra en el 436. No prohibiendo *expresamente* la ley esa prueba en contrario, no hay más remedio que admitirla.

B.—¿Ha de consignarse el título en un documento?—Al decir la última parte del art. 448 que no se puede obligar al poseedor á que exhiba su título, supone que éste ha de constar consignado en algún documento, porque los actos no se exhiben; da á la palabra título el significado de documento. Sin embargo, no vemos razón para esta exigencia. Mientras no tenga el poseedor necesidad de justificar su posesión, todo va bien; pero si obligado por las circunstancias y ante el peligro de perderla, puede probar por medio de posiciones y testigos que compró la cosa en contrato verbal, que tiene título aunque no tenga documento, entendemos que eso será bastante, en igualdad de otras circunstancias.

Por ejemplo, A. compra verbalmente á B. una finca y se posesiona de ella. El mismo B. vende después á C., por escritura ó documento privado, la finca ya vendida. C. pide al poseedor la exhibición del título en que se funda, y el poseedor, apoyado en el artículo 448, se niega á ello. C. prueba entonces que B. era dueño y

enseña la escritura de venta á su favor. Ante el temor de perder su posesión por la presunción de no tener título legítimo, prueba A. la compra verbal al mismo B., cuyo título, con la ocupación ó posesión de la cosa, le atribuye el dominio en virtud del art. 1473. Como esto es indudable, creemos que el art. 448 estaría mejor redactado si dijese: «y no se le puede obligar á demostrarlo». Si existe documento, bastará en su caso exhibirlo, puesto que sólo se tratará de demostrar que es bastante para transferir el derecho real de que se trate.

Obsérvese, además, que según el art. 464, la posesión de las cosas muebles adquirida de buena fe, equivale al título.

C.—¿Se presume el justo título para todos los efectos de la posesión?—El art. 1954 del Código dice: «El justo título debe probarse, *no se presume nunca.*» Aquí no se habla de exhibición, sino de prueba, lo que da más valor á las anteriores afirmaciones. Nada al parecer más antitético que los arts. 448 y 1954. Se presume que el poseedor posee con justo título, dice el primero; el justo título no se presume nunca, dice el segundo.

No recurriremos para explicar esta aparente antinomia, como lo hace algún comentarista, á considerar la presunción del art. 448 sólo como una ampliación de la presunción de buena fe establecida en el 434, estimando que lo que aquel artículo quiere expresar, es que el que posee con la *convictio domini*, desconoce las circunstancias ó defectos que, recayendo en su título, impiden que éste, por su sola eficacia, sea traslativo de dominio. Esto, más bien que ampliación, sería repetición de un principio ya establecido.

La presunción del art. 448, aunque relacionada con la del 434, es distinta, y el poseedor *en concepto de dueño* no es el *poseedor de buena fe*, como demostramos en otro lugar. La presunción de buena fe descansa en la existencia del título, pues siendo una cualidad puramente subjetiva, algún signo exterior debe servirle de fundamento racional. De aquí que más bien debiera exigirse la prueba del título, y de aquí el precepto del art. 1954 en materia de prescripción. Se explica la oposición de preceptos entre este artículo y el 448 solamente por la distinta materia á que son aplica-

bles, porque es un error creer que cuanto sirve al poseedor ha de servir al prescribente.

Este afirma, aun contra el dueño, que ha prescrito, y para ello, para obtener tal ventaja, no se ha de presumir el justo título; tiene que probarlo, porque si no lo tiene ó no reune las circunstancias necesarías al efecto, no le bastarán tres ó diez años para prescribir; necesita treinta. En el caso del art. 448, la situación es distinta: el poseedor no pretende el dominio; no usa un arma ofensiva, sino defensiva; posee y esto le basta; se presume que tiene título, se presume que tiene buena fe, se presume, en suma, que es propietario, porque es lo natural que el que ejerce el contenido de un derecho tenga el derecho mismo que aparentemente ejercita. Al que afirme lo contrario corresponde probarlo. Por esto se dice que el art. 448 equivale á suponer al poseedor como un propietario; presunción que desaparece inevitablemente cuando el propietario verdadero se presenta y prueba su derecho. Entonces se libra el último combate, no queda más defensa que la prescripción; pero para ella diremos, parodiando á Ihering, que no basta el arma blanca; el poseedor ha de demostrar que tiene justo título, verdadero y válido, ó que ha poseído treinta años.

Tal es la razón de la diferente y antitética doctrina de los artículos 448 y 1954.

D.—Fundamento ó razón legal del art. 448.—Casi ningún Código establece la presunción del nuestro en el art. 448, que parece tomada del 323 del código de Austria: «Se presume legalmente que el poseedor de una cosa tiene justo título y no puede obligársele á que lo presente.» Se combate esta doctrina, porque ciertamente se comprende la presunción de la buena fe, como dice Lehr; porque todo hombre tiene derecho á ser tenido por honrado mientras no se pruebe lo contrario; pero no se alcanza qué interés puede haber en suplir por una presunción la prueba de la existencia ó no existencia de un acto palpable como un contrato de venta ó un testamento. A esto replica Azcárate, que la consecuencia de aceptar tal opinión «sería que todo propietario habría de ir siempre con los títulos bajo el brazo para exhibirlos cada vez que cualquiera

con razón ó sin ella, entablara un pleito. Cuando el demandante presente pruebas en contra de la presunción, es cuando el demandado debe mostrar sus títulos». Añádase á esto que no siempre el título consiste en un documento.

Vemos aceptadas con frecuencia en el Código las opiniones de este notable escritor, y en verdad, títulos le sobran para que así sean respetadas sus ideas. Sus palabras transcritas explican el fundamento de la doctrina del art. 448, dictado, como otros muchos, para extender más y más el círculo de la protección posesoria.

ARTÍCULO 449

La posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste ó se acredite que deben ser excluídos.

El artículo que nos ocupa parece escrito expresamente para favorecer á los que poseen en concepto de dueños, usufructuarios, inquilinos y arrendatarios una finca urbana; pero el Código, queriendo generalizar la regla, habla de posesión, cosa raíz y objetos, y resulta el precepto tan general, que es difícil entenderlo.

Cosa raíz es, desde luego, cosa inmueble, aunque el Código no nos tenga acostumbrados á emplear ese término; parece referirse especialmente á las construcciones de todo género adheridas al suelo (núm. 1.° del art. 334), y de ellas formarán parte en cada caso especial las demás cosas que como inmuebles señala el mismo artículo.

A la palabra *muebles*, si estuviese sola, habría que darle la significación expresada en el art. 346, párrafo segundo: cosas que tengan por principal destino amueblar ó alhajar las habitaciones, y no valores, libros, ropas, caballerías, arreos, granos, armas, objetos de arte, etc.

Pero mediante la adición de la palabra *objetos*, nada se consigue con tal limitación, y antes bien parece que estamos en el caso de excepción de ese segundo párrafo. Del contexto de la ley hay

que deducir, en efecto, que la disposición del art. 449 no se limita solamente á las cosas destinadas á amueblar habitaciones. Ni podemos decir que este artículo se limite, como el 495, á los muebles y á los instrumentos, herramientas y demás cosas necesarias para la industria á que se dedique el poseedor.

En verdad, á la palabra *objetos* no se sabe á ciencia cierta la extensión que debe concedérsele, y hasta que la jurisprudencia lo explique, ó en una nueva modificación se aclare, preciso es confesar que *todo* objeto que se encuentre *dentro* de la cosa raíz, debe suponerse que pertenece al poseedor del inmueble.

No parece que el artículo tenga más limitación que la expresada: objetos que se encuentren dentro, en el interior de la cosa raíz poseída. Podrá parecer demasiado extensa la presunción: ¿por qué entonces no habla el Código en general de *bienes muebles?* Pero la palabra *objetos*, indica que el legislador no ha querido limitarse solamente á los *muebles*, en el sentido del art. 346. Que la idea se extiende á más, es indudable; se extiende á los *objetos*: ¿á cuáles? Toda limitación de clase parece arbitraria: no se limita el artículo más que respecto á los que no estén fuera del inmueble. Sin embargo, ahondando en su espíritu pudiera encontrarse otra limitación: los objetos han de ser los que naturalmente y en circunstancias normales deban encontrarse en donde se hallen; los muebles en una habitación, no un caballo en el portal ó el patio; el arado ó el trillo en un barbecho ó plantío, no un pañuelo ni una alhaja, que no deben hallarse en un sembrado, etc.

En un olivar, por ejemplo, se encuentra un portamonedas: ¿se supone que se posee ó que pertenece al poseedor del olivar? Si no es suyo ni quiere entregarlo, ¿habrá de probar el dueño que á él le corresponde? Estos casos son excepcionales; el portamonedas, si se pierde, es lo natural que sea en algún camino ó vereda del olivar, camino ó vereda que, aunque esté dentro de la finca, no se posee sólo por el poseedor del olivar, porque será público ú objeto de servidumbre; si se pierde en la finca, no es natural que se niegue su entrega, y en último término, la excepción no podría constituír regla, ni el dueño privado de la posesión podría librar-

se de la prueba. Pero para esto no procede la aplicación del artículo 449. Lo esencial para nuestro objeto es que el caso de pérdida no encaja propiamente en el marco del art. 449, que no parece referirse á muebles ú objetos que estén por accidente en la finca, sino á los que estén habitual y ordinariamente en ella, ó á los que sea natural que lo estén.

Se refiere el art. 449 á la posesión de una cosa raíz; *¿qué posesión?* Toda posesión, sea en concepto de dueño, sea en concepto distinto, sea natural ó civil, de buena ó mala fe. Si se posee en nombre ajeno, la presunción favorece á la persona en cuyo nombre se posee. Pero esa posesión se refiere á *cosas*, no á derechos, y es, por lo tanto, posesión actual, posesión *de hecho*, posesión en ejercicio. El nudo propietario no posee la cosa; el censualista poseerá la pensión ó los derechos que le correspondan, la cosa no; las servidumbres se poseerán por el que las ejercite, no en el sentido de derecho, sino en el de hecho de posesión del acueducto, el pozo, la yesera, cantera, senda, etc.

La presunción establecida es de la misma clase que las anteriores, regulada por los arts. 1249 y siguientes. Si consta lo contrario en el mismo documento de adquisición de la posesión especial de que se trate, la presunción queda desvirtuada; si aunque así no conste en el título, se acredita que los muebles ú objetos no son del poseedor, ocurre lo mismo: la prueba contraria destruye la presunción.

Sólo hay que atender á la naturaleza de la posesión; si significa posesión en nombre de otro, sea en virtud de la ley, sea en virtud de contrato, el poseedor será, no el representante, sino el representado.

Es lo natural, es lo normal, que los muebles y objetos que están dentro de una cosa raíz sean del poseedor de ésta. El caso más frecuente es el del dueño y el del inquilino respecto á los edificios. Si los habita el dueño, debe suponerse que todos los objetos que hay en la casa son suyos. Si los habita el inquilino, debe suponerse respecto á él lo mismo, porque en este caso el poseedor es el inquilino, y no es costumbre que en el contrato de inquilina-

to se le faciliten ó entreguen muebles ni otros objetos. No es que lo accesorio siga á lo principal; si así fuese, la casa es del dueño, los muebles también lo serían; no, la casa es del dueño, y los muebles son del poseedor, porque es quien se supone que los necesita, y los usa y los ha introducido en el edificio.

En el que tiene el derecho de habitación, en el usufructuario ó usuario de fincas urbanas debe suponerse lo mismo. La regla se presenta fundada en la realidad. Cuando no sea cierta, por la misma especialidad del hecho constará de algún modo la entrega del mobiliario ó de los objetos de que se trate.

En las fincas rústicas hay que aplicar una regla igual, pues sin objetos no se concibe el uso de un inmueble. Las herramientas, útiles de labranza, instrumentos, etc., que en ella se encuentren, deben ser del poseedor, como los objetos necesarios para el ejercicio de determinado arte ó industria, como los canalones que existan en un acueducto, los cubos que haya en un pozo, los picos en una cantera, las espuertas ó palas en una calera ó yesera, los granos, caballerías, arreos, etc., en un cortijo, los cuadros y pinceles en el estudio de un pintor, etc.

Respecto á los frutos, estatuas, maquinaria, viveros, abonos, minas, etc., objeto de los números 2.° al 9.° del art. 334, son bienes inmuebles ó forman parte inseparable de la cosa raíz, de modo que aquí se trata de cosas principales y accesorias, mas no de muebles ú objetos que se hallen dentro de la cosa raíz.

*
* *

Obsérvese, sin embargo, el vicio de nuestras propias deducciones. Siguiendo á la ley, suponemos una posesión de inmuebles en *general*, en cualquier concepto; pero de ella deducimos para el poseedor otra posesión *especial* respecto á los muebles ú objetos que hay dentro: la posesión en concepto de dueño. Decimos, Juan posee como inquilino una casa de Pedro, luego posee como dueño las cosas que se destinan á amueblarla. Nos fundamos en que el poseedor es Juan, y no Pedro, y á favor del poseedor de la cosa

raíz se establece la presunción, y en que es lo natural que así sea, ya porque los muebles no son un accesorio inseparable de la casa, ya porque el que los necesita y los usa es el poseedor, y deben suponerse suyos. Nos fundamos también en que, según el artículo 464, la posesión en los bienes muebles equivale al título, y según se deduce de los arts. 436 y 448, se presume la posesión en concepto de dueño mientras no se pruebe lo contrario; del concepto conocido de posesión de la cosa raíz presumimos la posesión en concepto de dueño de los muebles. Nos fundamos, por último, en que el artículo tal como está redactado, ó no dice nada, ó envuelve un absurdo, y para que su disposición signifique algo, es menester interpretarlo, ó en absoluto, como lo hemos hecho, ó concretándonos también, respecto al inmueble, á la posesión en concepto de dueño, según pasamos á demostrar.

En efecto: la posesión en abstracto de una cosa raíz supone la posesión en abstracto de los muebles y objetos que hay dentro. Esto viene á decir el art. 449 en su indeterminación. Esta posesión en abstracto, en general, no se presenta así en la vida: se presenta especial y determinada. Juan posee como dueño, ó como arrendatario, ó por mera tolerancia, etc.; pero si prescindimos de estas especialidades y decimos: porque Juan posee una finca, posee lo que hay dentro de ella, tal afirmación abstracta á nada conduce. Que los posee porque los tiene ó disfruta, en suma, por que los posee, nadie lo niega. Pedro pretende que los muebles son suyos. ¿De qué le sirve á Juan la presunción del art. 448? Dirá que la ley presume que él los posee, y se le objetará que la posesión en abstracto no se le niega, pero que la ley no presume que posea *en concepto de dueño*, pues se le concede la posesión en otro cualquier concepto, sin ofender el Código ni el derecho de Pedro. La ley, pues, ó no dice nada, ó afirma una tontería.

Precisemos más, para llegar á una inteligencia que produzca algún principio útil. La posesión en un concepto determinado de una cosa raíz, supone la posesión en el mismo concepto de los muebles y objetos que haya dentro de aquélla. Juan posee como dueño una casa, se supone que posee como dueño los muebles.

Pedro posee como usufructuario ó arrendatario un cortijo, posee como arrendatario ó usufructuario las mulas, arreos, instrumentos, granos, etc., que el cortijo encierra. Antonio posee como inquilino una habitación, pues en concepto de inquilino, ó alquilador, posee las sillas, mesas, cuadros, camas, ropas y cortinas que hay dentro. El pozo de que extrae Francisco el agua, es de Manuel; luego de Manuel es el cubo, cuerda y polea, etc. Se dirá que esto es un absurdo. Así lo creemos: la presunción en esta forma estaría reñida con la realidad. Cualquiera que fuese el concepto de la posesión del inmueble, los muebles y objetos serían siempre del dueño ó poseedor en concepto de dueño, aunque de hecho no poseyese la cosa raíz.

Ni puede ser que el artículo no diga nada, ni que afirme un absurdo; luego quedan dos soluciones:

1.° Suponer que el art. 449, así como los 447 y 448, señala un efecto especial de la posesión en concepto de dueño. Los muebles y objetos que hay dentro de una finca se supone que pertenecen al propietario ó poseedor en concepto de dueño, que por sí mismo posee esa finca. A esto nada hay que objetar: la presunción es racional y lógica. Sólo puede tacharse de innecesaria, y sólo falta que así lo diga el artículo.

2.ª Suponer que la ley subordina la *pertenencia* real, ó presunta de los muebles, al hecho de la posesión del inmueble, en cualquier concepto. Se presume que los muebles y objetos que hay dentro de una cosa raíz pertenecen ó se poseen en concepto de dueño por el poseedor del inmueble. Esta presunción también es natural, y es la más fecunda en aplicaciones prácticas, y la que puede dar más valor al precepto del art. 449.

Como dentro de esta segunda presunción está incluída la primera, que es sólo una parte de la misma, esta doctrina es la que hemos procurado desenvolver en nuestro deseo de acertar. Los tribunales en cada caso apreciarán las cuestiones que se presenten, y la jurisprudencia fijará el verdadero sentido del artículo.

Cuestión.—La presunción del art. 449, ¿es aplicable al depositario?—Claro es que no, porque según el art. 1761, sólo pueden

ser objeto de depósito las cosas muebles. Al criticar, por consiguiente, nuestro artículo, poniendo por ejemplo al depositario, se padece un error. Pero aun refiriéndonos al secuestro que puede recaer en inmuebles, con arreglo al art. 1786, la solución es sencilla. El depositario de los bienes secuestrados es un administrador judicial, un poseedor en nombre ajeno, mero mandatario que no posee para sí. Su misión es conservar para otro; si en la finca hay muebles ú objetos, no puede usarlos, y se presume que pertenecen á la persona á quien después se adjudiquen, si es que los muebles entraban en la contienda y en el secuestro, y no fueron retirados por el poseedor.

ARTÍCULO 450

Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión. La interrupción en la posesión del todo ó parte de una cosa poseída en común, perjudicará por igual á todos.

I.—DIVISIÓN DE LA COSA QUE SE POSEE EN COMÚN.

La proindivisión supone una cosa ó un objeto único, sobre el cual tienen derecho varios partícipes sin designación de partes determinadas.

Los arts. 392 al 406 se ocupan del condominio; el 450, como el 1933, se refieren á la coposesión, y lo mismo en la copropiedad que en la coposesión, aceptando las ideas del Código, puede servir de objeto una cosa ó un derecho, puesto que real ó aparentemente, en propiedad ó en posesión, puede existir proindivisión respecto al derecho de usufructo, al de arrendamiento, etc. El art. 450 se refiere á la coposesión de una cosa, pero su principio es igualmente aplicable á la coposesión de un derecho real.

Se deriva la primera parte de este artículo de la doctrina del 399, que expusimos en otro lugar, y considerando á la herencia como una cosa común, la presunción que ahora se establece sirve

de complemento á la del art. 440 y confirma la doctrina del 1068.

Todos los partícipes constituyen una sola personalidad que posee. Esa personalidad se descompone en tantas cuantos sean los partícipes al cesar la indivisión, como el objeto se hace también tantas partes cuantos sean esos mismos partícipes. Por una ficción de derecho se supone que cada coposeedor ha poseído exclusivamente durante todo el tiempo que duró la indivisión, la parte determinada que al dividirse la cosa común le haya correspondido, ó lo que es lo mismo, el momento de la división se retrotrae á la época en que empezó la proindivisión. Si hubo gravamen de la parte alícuota de uno de los poseedores, se entiende que lo que se gravó fué la porción determinada adjudicada á ese coposeedor, salvo el derecho reservado á los acreedores en el art. 403. Si poseyeron dos años en comunidad y cuatro individualmente, se entiende que esa posesión especial es la que se ha poseído durante seis años. Se comprende la importancia de tal doctrina, en general, y más si se atiende á las diferencias que pudiera haber en cuanto á la buena ó mala fe de cada partícipe. Nada más diremos sobre este particular después de lo expuesto al comentar el art. 399.

II.—Interrupción de la posesión de una cosa común.

La segunda parte del art. 450 se refiere á la interrupción en la posesión. Materia es esta, de la que se ocupan especialmente los arts. 1943 al 1948. Pero la interrupción puede afectar también á la percepción de frutos, como veremos al comentar el art. 451. De todos modos la interrupción en la posesión de todo ó parte de la cosa poseída en común perjudica por igual á todos los partícipes.

Entiéndase bien, aunque parezca algo sutil la distinción, que la interrupción ha de referirse al objeto y no al sujeto, á la cosa y no á un poseedor, al todo de la cosa ó á una parte de la cosa, no á la parte ó derecho de un partícipe, porque como la cosa es una y los poseedores son varios, puede atacarse el derecho de uno de éstos nada más, y él sólo será el perjudicado: pero con relación á la cosa el perjuicio será para todos, porque hallándose sin dividir, sería injusto hacer recaer ese perjuicio sobre uno solo de los partí-

cipes, aunque sólo se hubiese interrumpido la posesión de una parte determinada de la cosa. Nos explicaremos.

A. y B. poseen proindiviso una tierra de seis fanegas. C. ocupa esa tierra por más de un año, ó la demanda judicialmente. Aquí hay interrupción natural ó civil en la posesión de *toda* la cosa. Este caso es sencillo: A. y B. sufren forzosamente el perjuicio.

Pero C., propietario colindante, poco á poco va introduciéndose en la finca y acaba por labrar una fanega hasta adquirir la posesión. O bien un tercero demanda dos fanegas por haberse incluído indebidamente en la venta hecha á los copartícipes. En estos casos se interrumpe la posesión de una *parte* de la finca, y, sin embargo, como estaba indivisa, esa interrupción perjudica también por igual á B. y á A., que sólo seguirán poseyendo las cinco ó cuatro fanegas restantes.

En ambos casos la interrupción se refiere al objeto, á la cosa, y el art. 450 es aplicable.

Ahora bien: A. y B., hermanos, poseían proindiviso una finca. Muerto B., se adjudica la mitad indivisa á C., heredero nombrado en su testamento, y bien por preterición de un heredero forzoso ó presentación de un ausente, se demanda á C., interrumpiéndole y aun privándole de su posesión. Aquí la interrupción no es en la posesión de la cosa, es en el derecho de C. ó en la posesión especial de C., por lo cual A. no se perjudica, sólo cambia la persona de su copartícipe. En la adquisición por diversos títulos de partes proindiviso de una cosa, cabe hasta que unos partícipes sean copropietarios y otros coposeedores.

Cuestiones.—Dice el art. 450 que la interrupción en la posesión de la cosa común perjudica por igual á todos los partícipes. —*¿Perjudica toda interrupción? ¿Perjudica, en efecto, por igual?*

Primera. Según el art. 1948, cualquier reconocimiento expreso ó tácito que el poseedor hiciere del derecho del dueño, interrumpe asimismo la posesión. Hecho el reconocimiento por un solo partícipe, habrá interrupción en cuanto al derecho de este partícipe, mas no en la posesión del todo ó parte de la cosa. Así como si se

ataca al derecho de un coposeedor y no al de los demás, sólo aquél queda perjudicado; así como si uno de los coposeedores vende ó abandona su participación, sólo él la pierde; así también si reconoce el derecho preferente de otro, se entiende que lo hace en cuanto á su parte ideal, no en cuanto á las porciones de los demás. Ni puede ser de otro modo, porque un partícipe solo no dispone de los intereses de la comunidad. Véanse los arts. 397 y 398. ¿Qué más alteración en la cosa común que privar de ella un partícipe, por un acto aislado suyo y su sola voluntad, á todos los demás? ¿Cómo exigir mayoría para administrar y no para desprenderse de la cosa común? El poseedor no es uno de los partícipes, sino la reunión de todos. Si una fracción del poseedor hace el reconocimiento, este acto sólo puede ser eficaz respecto á la fracción que represente.

Segunda. El art. 450, al decir que la interrupción perjudica por igual á todos los partícipes, sólo quiere decir que todos son perjudicados; pero no que todos pierdan una porción igual en la cosa, ni que los gastos y perjuicios que la interrupción ocasione hayan de sufrirse con igualdad. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, dice la segunda parte del art. 393, las porciones correspondientes á los partícipes en la comunidad (1). Cuando no conste la proporción en que se posee, las partes se presumen iguales y el perjuicio se reparte con igualdad. Pero si esa proporción consta, tanto los beneficios como las cargas serán proporcionales á las respectivas cuotas de los partícipes, según declara el mismo art. 393. Cuando se posea en distinta proporción, los perjuicios de cada partícipe por la interrupción serán proporcionales á su respectiva participación en la comunidad. A. posee una octava parte de la cosa, y B. las siete octavas partes restantes. Si la cosa se pierde á consecuencia de la interrupción, ¿podrá decirse que el perjuicio es igual? Del mismo modo entende-

(1) Este artículo ha sido interpretado, en nuestra opinión, erróneamente por la Dirección general de los Registros en la Resolución de 18 de Agosto de 1894.

mos que, sean los que fueren los gastos ó los perjuicios que la interrupción ocasione, B. pagará las siete octavas partes, y A. la octava restante de los mismos, con igualdad no aritmética, sino proporcional á su cuota.

ARTÍCULO 451

El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión.

Se entienden percibidos los frutos naturales é industriales desde que se alzan ó separan.

Los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción.

ARTÍCULO 452

Si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales ó industriales, tendrá el poseedor derecho á los gastos que hubiese hecho para su producción, y además á la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión.

Las cargas se prorratearán del mismo modo entre los dos poseedores.

El propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión, perderá el derecho á ser indemnizado de otro modo.

ARTÍCULO 453

Los gastos necesarios se abonan á todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.

Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, ó por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

ARTÍCULO 454

Los gastos de puro lujo ó mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufriere deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.

ARTÍCULO 455

El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho á ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.

ARTÍCULO 456

Las mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo, ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión.

ARTÍCULO 457

El poseedor de buena fe no responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El poseedor de mala fe responde del deterioro ó pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando

maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa á su poseedor legítimo.

ARTÍCULO 458

El que obtenga la posesión no está obligado á abonar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa.

Agrupamos los ocho anteriores artículos, ya por que hay en ellos cierta unidad, en cuanto todos se refieren á los efectos que produce la posesión en el caso de presentación del dueño ó de un poseedor de mejor derecho, ya para evitar repeticiones innecesarias en el comentario.

Dividiremos su estudio en dos secciones para mayor claridad, examinando en la primera la legislación anterior, ó sean los precedentes legales y la legislación transitoria, y en la segunda, la doctrina del Código. Separaremos en ambas los efectos de la posesión según la buena ó mala fe del poseedor, y dentro de cada grupo, lo referente á frutos, gastos, mejoras ó deterioros, sin olvidar lo referente al derecho de retención que al poseedor de buena fe concede en determinados casos el art. 453, ni la doctrina admitida por la jurisprudencia, en lo que sea aplicable, procurando en todo resolver las cuestiones posibles y reducir los límites del comentario.

SECCIÓN PRIMERA

I

LEGISLACIÓN ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

Estaba vigente antes del Código la doctrina de las leyes 39 á 44 del título 28 de la Partida 3.ª

1.º *Poseedor de buena fe.*—Mediante la presentación del dueño ó poseedor de mejor derecho, el que teniendo buena fe fué vencido en juicio tiene los derechos siguientes:

A.—Respecto á los frutos.—Se hacía distinción entre los frutos naturales, industriales ó civiles. Los frutos *naturales*, ó sean los

que se producen «naturalmente é sin lauor de ome», debe devolverlos todos, aun el importe de los consumidos, deduciendo los gastos de recolección. Los frutos *industriales* siguen distinta regla. Los *despendidos* ó consumidos pertenecen al poseedor de buena fe, en premio á su trabajo, pero sin derecho alguno al abono de los gastos ocasionados. Los no consumidos, estén ó no pendientes, «tenudo es de los tornar al señor de la heredad, sacando primeramente las despensas que ouiesse fecho sobre ellos». Ley 39 de dicho título y Partida.

En cuanto á los frutos *civiles*, según la doctrina más admitida, se prorrateaban entre el tercero de mejor derecho y el poseedor vencido de buena fe, computándolos por días ó meses, y á contar desde la contestación á la demanda.

B.—Respecto á las mejoras, ó gastos de resultados permanentes.—La ley 10, tít. 33, Partida 7.ª, expresa el significado de la palabra *despensas* en el explicado sentido, clasificándolas en necesarias, útiles y voluntarias ó deleitosas.

Las despensas *necesarias*, aquellas que, «si non se fiziessen», se empeoraría la cosa ó se perdería del todo, y las *útiles* ó provechosas, llamadas así porque «se mejora la renta de la cosa en que son fechas por ellas», deben abonarse al poseedor de buena fe. Las despensas ocasionadas por mejoras *voluntarias*, de puro lujo ó recreo, dan derecho al poseedor para retirar esas mejoras ó llevárselas, si es posible, á no ser que «aquel cuya era la casa ó la heredad le quisiere dar tanto por ello quanto podría valer después que fuesse ende tirado». (Ley 44, tít. 28, Part. 3.ª)

La misma ley, de acuerdo con la 41, no consiente que se restituya la cosa mientras no sean abonados todos los gastos al poseedor de buena fe, concediéndole así una garantía ó derecho de retención.

C.—Respecto á las accesiones y menoscabos.—Las primeras van con el objeto, teniendo presentes las reglas que quedan expuestas en otro lugar. Los menoscabos ó deterioros de la cosa son de cargo del poseedor de buena fe, si medió culpa por su parte, y en otro caso recaen sobre el dueño ó poseedor de mejor derecho

2.° *Poseedor de mala fe.*—Las Partidas distinguen dos clases de poseedores de mala fe, según que tengan ó no título. Al primero se equipara el mismo poseedor de buena fe después de contestada la demanda. Al segundo, los que se encontrasen en alguno de los casos siguientes: haber comprado la cosa sabiendo que se enajena en fraude de acreedores; haber intervenido fuerza ó miedo; no haber mediado subasta pública cuando fuere necesario ese requisito; verificarse la adquisición contraviniendo algún precepto legal. Se considera poseedor sin título al que roba ó hurta una cosa ó la ocupa sin derecho. Los efectos de la presentación del dueño son:

A.—Respecto á los frutos.—Deben devolverse todos, ó su importe, respecto de los consumidos, al vencedor en el juicio; y si se tratare de un poseedor de mala fe sin título, ó de los que al mismo se equiparan, no sólo debe abonar el importe de los frutos consumidos, sino también el de los que no percibió y pudo percibir, ó hubiera percibido en su caso, con más cuidado, el señor de la heredad.

B.—Respecto á las mejoras, ó á los gastos de resultados permanentes.—Los gastos *necesarios* se abonan también á todo poseedor de mala fe, y hasta obtener el reintegro disfruta el mismo derecho de retención sobre la cosa que posee. Las mejoras *útiles,* si el vencedor en juicio no quiere pagarlas, pueden retirarse de la finca. Las mejoras *voluntarias* ó deleitosas ceden en favor del dueño; el poseedor de mala fe pierde «quanto y fizo, é non puede ende lleuar ninguna cosa».

C.—Respecto á las accesiones y menoscabos, rigen las mismas reglas ya expresadas. Véanse las leyes 39, 40 y 44, tít. 28, Partida 3.ª

II

LEGISLACIÓN TRANSITORIA

De la exposición en que se expresan los fundamentos de las adiciones y enmiendas consignadas en la nueva edición del Código

civil, fecha 30 de Junio de 1889, entresacamos los siguientes párrafos:

«Si la existencia, efectividad ó extensión del derecho dependen de eventualidades independientes de la voluntad del que lo posee, podrá éste tener una esperanza, pero no un verdadero derecho adquirido.»

«Lo primero que debía resolverse era el punto de partida de los derechos, á fin de determinar cuáles quedaban al amparo de la legislación antigua, y cuáles sometidos á la nueva. Y como todo derecho nace necesariamente de un hecho voluntario ó independiente de la humana voluntad, la fecha de este hecho, que puede ser anterior ó posterior á la promulgación del Código, es la que debe determinar la legislación que ha de aplicarse al derecho que de tal hecho naciera. Ni es necesario que el derecho originado por un hecho ocurrido bajo la legislación anterior se halle en ejercicio para que merezca respeto, pues si existía legítimamente según la ley bajo la cual tuvo origen, si dependía solamente de la voluntad del que lo poseyera ponerlo ó no en ejercicio, es un derecho tan adquirido como el que hubiera ya producido ó estuviera produciendo su debido efecto. Pero si se trata de un derecho nuevo, declarado por primera vez en el Código y no reconocido por la legislación anterior, deberá regirse por el mismo Código, aunque el hecho que lo origine hubiera tenido lugar bajo aquella legislación, á menos que perjudique á otro derecho adquirido bajo la misma, porque en este caso es más digno de respeto el que va á sufrir el daño, que el que va á recibir un beneficio gratuíto.»

En armonía con tales principios está dictada la regla 1.ª transitoria.

Son *derechos nuevos* declarados por primera vez en el Código: 1.º El del art. 451, que concede al poseedor de buena fe un derecho absoluto al percibo de frutos, reconocido antes solamente sobre los frutos industriales consumidos, cuyo derecho, en cierto modo, se halla complementado por el art. 452. 2.º El del art. 455, que permite al poseedor de mala fe llevarse las mejoras voluntarias hechas en la cosa, si pudiesen separarse sin deterioro. 3.º El del art. 457,

de no responder de pérdidas ó deterioros el poseedor de buena fe, mientras no se justifique que obró con dolo. 4.º El del art. 458, sobre mejoras no existentes al tiempo de adquirir la cosa.

Estos derechos han de llevarse á efecto desde luego, mientras no perjudiquen otro derecho adquirido de igual origen. Ahora bien: el propietario que perdió su posesión no adquiere derecho á la misma hasta que, mediante prueba concluyente, obtenga sentencia restitutoria; antes sólo puede tener una esperanza; la existencia, efectividad y extensión de su derecho depende de hechos independientes á la voluntad del propietario: la buena ó mala fe del poseedor, la prueba de su mejor derecho, la declaración judicial, etc. No perjudicándose derecho alguno *adquirido*, los derechos nuevos declarados por los referidos artículos, han de aplicarse desde luego hasta en aquellos asuntos pendientes de sentencia á la promulgación del Código civil. Unicamente resulta esto algo duro respecto á los deterioros ó pérdida de la cosa por culpa ó negligencia del poseedor de buena fe; pero en este punto el Código no está claro y hace falta su interpretación ó aclaración por la jurisprudencia.

Son los más importantes *derechos* que existían según la legislación anterior y *no se reconocen* en el Código: 1.º El derecho de retención concedido al poseedor de mala fe por los gastos necesarios hechos en la cosa poseída. 2.º El que se concedía al mismo acerca de las mejoras útiles.

Se regirán por la legislación anterior al Código, dice la regla primera transitoria, los derechos *nacidos, según ella*, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo ó no los reconozca.

El hecho realizado bajo el régimen de la legislación anterior son las obras necesarias ó útiles, hechas para la subsistencia ó la mejora de la cosa; de ese hecho nacía, según dicha legislación, el derecho al reembolso de esas obras ó separación de las mejoras, y el derecho de retención hasta el reintegro de los gastos necesarios. Por lo tanto, el momento de la realización del hecho sirve para determinar la legislación aplicable, porque lo peor que puede ocurrir al que realizó las obras es que se le declare poseedor de mala

fe. Verificados los gastos antes de la promulgación del Código, se aplica la legislación anterior, sea cual fuere la época de la interrupción en la posesión. Realizados después, rige la doctrina del Código.

Se dirá que donde hay derechos y deberes recíprocos no es tan clara la distinción establecida, que si se declara, por ejemplo, el derecho al percibo de frutos en el poseedor de buena fe, no se reconoce el derecho que en los mismos correspondía antes al propietario, y si no se reconoce, por ejemplo, el derecho de retención á favor del poseedor de mala fe por los gastos necesarios, es porque por primera vez se declara el derecho de restitución á favor del propietario. Creemos que en el primer caso no existen hechos anteriores realizados por el propietario, de los que nazca necesaria y ciertamente el derecho que habría que respetar; y en el caso segundo se perjudicaría por el reconocimiento de su derecho al propietario otro derecho anterior, aunque no ejercitado, nacido según la antigua legislación.

La dificultad en la aplicación de las reglas transitorias estriba precisamente en la apreciación de cuándo existen ó no realmente derechos adquiridos. Creemos lo expuesto lo más cierto, pero podemos equivocarnos. Por lo demás, hemos preferido resolver concretamente los casos principales de variación de preceptos, en vez de sentar reglas generales, indeterminadas y vagas, que, ó nada resuelven, ó precisan un estudio concreto, especial y difícil para su aplicación.

III

CÓDIGOS EXTRANJEROS

«Por regla general, dice Azcárate, el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, mientras que el de mala está obligado á devolverlos al propietario que los reclama; y en cuanto á las expensas, todos los códigos hacen la distinción de necesarias, útiles y voluntarias, determinando, por lo común, que las primeras son abonables á todo poseedor, sea de buena ó de mala fe; que las segundas también, pero con la diferencia de que el propietario está obligado á abonar al de buena fe el importe de las mejoras ó el aumento de

valor que por ellas haya tenido la cosa ó su dueño, mientras que al de mala cabe indemnizarle ó no, aun cuando en este último caso puede aquél retirarlas, si es posible hacerlo sin menoscabo del objeto; y que por las terceras no se debe indemnización en ningún caso, pudiendo sólo el de buena fe retirarlas en la forma dicha respecto de las útiles hechas por el de mala.»

Como concordantes con los arts. 451 al 458 de nuestro Código, pueden examinarse los artículos 495 á 503 del código de Portugal, 703 á 706 del código de Italia, 380 del código de Austria, 756 y 757 del de las Provincias Bálticas, 509 del de Zurich, 605, 330 y 636 del de Holanda, 349 del de Vaud, 548 y 549 de los códigos de Francia y Bélgica, 474 del código Napolitano, 931 al 950 de los de Méjico y Campeche, 519 y 525 al 527 del de Guatemala, 2430, 2433, 2435, 2438, 2439 y 2441 del de la República Argentina, 834 á 853 del de Baja California, 700 del de Chile, 611 del de Uruguay, 494 del de Luisiana y 685 á 697 del de Veracruz.

SECCIÓN SEGUNDA

Doctrina del Código civil.

I

IDEAS GENERALES

Los artículos 451 al 458 del Código hablan de frutos, cargas, gastos, mejoras y deterioros; por lo que es conveniente, en primer término, exponer algunas ideas generales sobre este particular.

A.—Frutos.—El concepto de frutos quedó expresado al comentar los arts. 354 á 357, así como sus diversas clases. Además, han de tenerse presentes las reglas relativas al usufructo, que también pueden servir para determinar lo que no debe ser considerado como frutos.

Según las sentencias de 7 de Mayo de 1879, 27 de Diciembre de 1883 y 30 de Marzo de 1892, no puede considerarse fruto el mineral extraído de una mina, puesto que forma parte esencial de la

misma; serán frutos las utilidades que por las transformaciones industriales ó mercantiles á que se destine el mineral, produzcan los metales y demás sustancias que se extraigan. Tampoco es fruto el tesoro, ni los árboles (sentencia de 28 de Junio de 1866), á no ser en casos excepcionales y una vez separados del suelo.

Por lo demás, como decía la ley 4.ª, tít. 14, Partida 6.ª, «aquello es llamado fruto que finca en salvo á aquel que lo cogió sacadas las despensas que fizo por razon dél». No atiende el Código al producto líquido, que es, en suma, á lo que se refiere la citada ley de Partida; pero se obtiene igual resultado mediante el precepto del art. 356, según el cual, el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos para su producción, recolección y conservación; de otro modo, el que percibe la utilidad paga los gastos.

Los frutos, con arreglo al art. 357, han de ser manifiestos ó nacidos.

Los frutos, según expusimos, son naturales, industriales y civiles. También se clasifican en pendientes y no pendientes; estos últimos son percibidos ó podidos percibir, y los percibidos pueden ser existentes, consumidos ó perdidos.

El Código prescinde por completo en los arts. 451, 452 y 455 de la distinción de los frutos en naturales é industriales, pues aunque los nombra, siguen la misma regla. También es indiferente que los frutos percibidos existan aún, estén perdidos ó deteriorados, ó se hayan consumido.

Una vez alzados ó separados de la cosa, los frutos naturales ó industriales se llaman *percibidos* ó no pendientes, con arreglo á la definición del art. 451. Serán, por lo tanto, frutos *pendientes* los que ya nacidos, no han sido aún separados de la cosa que los produce. La fruta que asoma en el árbol, el grano que apunta en la espiga, la cría que existe en el vientre de la madre, etc. Los frutos civiles están pendientes cuando se hallen devengados y aun no cobrados.

Son frutos percibidos ó recogidos los que entraron ya en poder del poseedor.

Los *podidos percibir*, son los que debiera haber producido la

cosa. Según Goyena al comentar el art. 431 del proyecto de Código de 1851, comprendía dicha palabra tanto los frutos que el propietario ó poseedor de mejor derecho hubiera podido hacer producir á la cosa, como los que pudo aprovechar el poseedor vencido, aunque no hubiera podido percibirlos el propietario. El art. 455 del Código vigente no va tan allá. Sólo habla de los frutos que el poseedor legítimo, ó sea el poseedor de mejor derecho vencedor en el juicio, hubiera podido percibir si hubiera estado la cosa en su poder. De notar es que dicho artículo habla de frutos podidos percibir y no podidos producir, lo cual podrá ser lo mismo, pero comunica cierta generalidad al precepto, haciéndole aplicable lo mismo á los frutos naturales que á los civiles. Las rentas, pensiones é intereses que por negligencia del poseedor no pueden ya reclamarse, son indudablemente frutos podidos percibir. Los frutos perdidos por culpa del mismo antes de percibirse, son también podidos percibir. Lo mismo si sembró diez debiendo sembrar veinte, si percibió quince siendo treinta el producto medio de la cosecha en un año dado, etc. Para que puedan llamarse los frutos podidos percibir, ha de mediar culpa, abandono ó negligencia en el poseedor.

B.—Gastos y mejoras.—Gasto equivale á desembolso, dispendio que se hace, cantidad que se invierte. *Mejora* es aumento de valor de la cosa, acrecentamiento de su utilidad, beneficio real, esencial ó accidental, sobre lo que existía. También se llaman mejoras, los gastos que se hacen para obtener ese resultado.

Cosas distintas son el gasto y la utilidad que ese gasto puede proporcionar. Hay gastos que no producen mejora, y viceversa, mejoras que no reclaman gasto. A estas últimas alude sin duda el art. 456, al hablar de mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo.

Fuera de este caso, el Código, por regla general, sólo habla de gastos, incluyendo en esta palabra todos los hechos, de cualquier clase que sean, produzcan ó no mejoras en la cosa. El art. 458, sin embargo, trata también de mejoras, refiriéndose sin duda á los gastos que las ocasionaron, los cuales no son abonables por haber dejado de existir la utilidad que se obtuvo con ellos.

Los arts. 453, 454 y 455 se ocupan de gastos necesarios, útiles, y de puro lujo ó mero recreo; pero no solamente se refieren á estos gastos los artículos que hemos de comentar, pues el 452 habla de gastos de producción y cultivo, y aun de cargas, que por serlo, pueden también ocasionar gastos no incluídos entre los necesarios, útiles, ni de puro lujo ó recreo.

No se definen estos gastos, pero no es difícil deducir lo que el Código entiende por ellos.

1.° Gastos de producción, cultivo y mero entretenimiento.—Las sentencias de 7 de Marzo de 1867, 17 de Abril de 1874 y 5 de Noviembre de 1881, fijan el concepto de estos gastos, calificándolos de gastos necesarios, porque sin ellos no habría frutos. Los productos de los bienes, se entienden siempre previa deducción de los gastos y pagos que por ellos se hayan hecho, ó lo que es lo mismo, se consideran frutos y productos los que resulten después de deducir los gastos que la producción haya motivado.

Los gastos de producción y cultivo hay que hacerlos si se quiere que la cosa produzca utilidad; pero aquí se trata de una necesidad relativa, pues aun sin esos gastos, la cosa, lo esencial, puede conservarse; luego esos gastos no son necesarios en el sentido en que el Código usa esa palabra en los arts. 453 y 455, y así se deduce también por el hecho de tratar de ellos con separación (art. 452).

El mismo concepto que los gastos de producción y cultivo, merecen los de entretenimiento de los edificios, gastos de escasa importancia que periódicamente exigen, no como necesarios en absoluto, sino como convenientes para la conservación de la cosa. Véanse los arts. 500 y 1743. Y lo mismo los gastos de sostenimiento de un rebaño, piara, etc.

Se trata de gastos *ordinarios* y naturales para la producción, recolección y conservación; gastos de barbechar, sembrar, cavar, podar, regar, segar, coger y transportar frutos, blanquear y reparar las fachadas, pintar maderas, alimentos, pastos en terreno propio ó ajeno, etc.

Si dichos gastos constituyen un extraordinario ó no entran en lo normal, serán según, las circunstancias, necesarios ó útiles, en

cuanto también se destinen á la producción, cultivo ó conservación de la cosa.

2.° *Gastos necesarios.*—Gastos necesarios no son otros que los hechos para la conservación de la cosa. Así se desprende del artículo 455, y así hay que admitirlo, puesto que no se altera la idea que de los mismos teníamos anteriormente, en virtud de la doctrina del derecho romano y las Partidas: «Si non se ficiesen, decían éstas, se empeoraría la cosa ó se perdería del todo.» Si la cosa se empeora ó se pierde, no se conserva. Todo lo que tienda, por consiguiente, á impedir esa pérdida ó ese menoscabo, es un gasto necesario.

Entiéndase bien, sin embargo. La ley parece referirse á la conservación de la cosa en sí misma, no á su conservación en poder del poseedor. Los gastos han de impedir que dicha cosa se empeore ó se pierda, y así como empeoramiento quiere decir menoscabo y no carga, así pérdida es destrucción de la cosa y no cambio de poseedor. Conservación quiere decir aquí, por lo tanto, subsistencia de la cosa en sí misma.

Además el gasto no debe ser de mero sostenimiento ó entretenimiento de la cosa.

¿Los gastos necesarios son mejoras?—Los gastos necesarios no se consideran como mejoras, no aumentan la cosa ni le dan más utilidad; solamente la conservan impidiendo que deje de ser útil. El art. 458, al hablar de mejoras en general, no se refiere á los gastos necesarios, porque éstos tienen por objeto evitar que la cosa se desmejore; mas propiamente no la mejoran.

Resolvamos otras cuestiones para fijar más el concepto.

a. ¿Son necesarios los gastos referentes al pago de la contribución territorial?—Suele resolverse esta cuestión probando que la contribución territorial pesa sobre el producto líquido de la finca y no sobre la finca misma, por lo cual, por estricta ley de equidad, debe ser satisfecha por aquel que percibe el producto.

La sentencia de 29 de Mayo de 1882 declaró que el pago de las contribuciones impuestas sobre los bienes poseídos es un gasto necesario.

No estamos conformes con esta doctrina ni con aquel fundamento.

Necesario es el pago de la contribución, mas no en el sentido en que la ley define los gastos necesarios. La cosa en sí ni se empeora ni se destruye por falta de ese gasto. Si el poseedor no paga algunos trimestres, la finca puede ser embargada y vendida en pública subasta. El poseedor la perderá, dejará de conservarla en su poder; mas la finca ni se perderá ni sufrirá menoscabo. El poseedor que paga, cumple su deber asegurando su posesión; pero con este pago la finca no se altera en nada. Ni puede decirse que se trata de la legítima defensa de la cosa, y que en este sentido existe un gasto necesario. Nadie ataca el derecho del poseedor, y si llega á verse privado de la cosa, será, por el contrario, él quien ataque el derecho legítimo del Estado á exigir el pago de los impuestos á todos los individuos que se hallen bajo su amparo y protección.

El Código está conforme con esta doctrina: el pago de la contribución territorial no es un gasto necesario ni útil, ni de puro lujo ó recreo; es una *carga* de la finca, y como tal debe considerarse incluída en el párrafo segundo del art. 452. Absurdo sería exigir el abono de esa carga á la persona que no percibiera utilidad alguna del inmueble.

La finca se halla, en realidad, afecta al pago de la contribución; sobre ella pesa una hipoteca legal; poco importa que para la imposición de la carga se tenga en cuenta la utilidad líquida. Bien mirado, esa misma utilidad es la que se toma por base en los censos, aunque la pensión afecte á la finca. Lo esencial es que ese gasto no se hace para la conservación de la cosa en sí misma.

b. ¿Es gasto necesario el pago de las pensiones en los censos?—Reproducimos aquí lo expuesto sobre la cuestión anterior, porque las circunstancias son idénticas. También puede caer en comiso la cosa ó perderse para el poseedor por falta de pago de las pensiones; también el censo afecta á la finca; pero tampoco hay gasto necesario, porque no tiende á impedir su destrucción ni empeora-

miento, sino que dicha finca sigue la misma y el poseedor está obligado al pago. Se trata también de otra carga incluída en el número ó párrafo segundo del art. 452.

c. Los gastos judiciales para la defensa de la cosa, ¿son gastos necesarios?—Cuando el poseedor es condenado á la restitución de la cosa, indudablemente la conserva en su poder, por lo cual es claro que se trata de litigios en los que ha salido vencedor, y en los que debe suponerse, por tanto, que procedió de buena fe, sin temeridad alguna, y sólo por la legítima necesidad de defender sus bienes. Estos gastos no pueden considerarse cargas de la cosa, ni gastos útiles ó de mero lujo, en cuanto no la mejoran, ni gastos de cultivo ó entretenimiento. Sin embargo, tampoco los consideramos necesarios, porque la cosa no se altera, ni tienen por objeto los gastos evitar su empeoramiento ó su pérdida, ni recaen sobre la misma. En los interdictos defiende el poseedor la posesión, no la propiedad; lo suyo, no lo de otro, y el criterio del Código es manifiesto en el art. 512. Además, cuando no se trate de interdictos el propietario, como de preferente derecho, es probable que no hubiera tenido que hacer esos gastos, pues un tercero no se hubiese atrevido á contender con él, ni en suma le conservan la cosa, puesto que puede reclamarla donde quiera que esté.

Se trata de gastos especiales, sobre cuya naturaleza y abono han de influir multitud de circunstancias, por lo que en cada caso decidirán los Tribunales si son ó no reclamables, y de quién.

d. ¿La redención de un censo es gasto necesario? ¿Es gasto util? —Este es un gasto que no ofrece nota de necesidad, ni tiende á la conservación de la cosa, ni aumenta su valor, porque lo mismo que valía el dominio directo y el util separados, valdrán juntos; ni aumenta las utilidades, porque la finca seguirá produciendo lo mismo. En realidad, se libera la finca de un gravamen, se adquiere é incorpora un derecho que estaba separado, se reune en una sola personalidad lo que estaba en dos. Al redimir el censo, el poseedor adquiere un derecho que antes no tenía; crea una nueva relación con entera independencia del que pueda tener mejor derecho á la propiedad ó á la posesión. La cuestión con éste puede versar sobre

lo que á él correspondía, no sobre lo que era de un tercero. Bajo esta base debe resolverse la dificultad.

El pago de un préstamo hipotecario está en igual caso, si no fué contraído por el poseedor: éste al ser vencido queda en la situación del que paga por un tercero.

3.º Gastos útiles. Gastos de puro lujo ó mero recreo.—No se definen en el Código ni era cosa fácil establecer la línea divisoria entre ellos. Los tribunales en cada caso apreciarán la naturaleza ó clase á que correspondan.

Son desde luego gastos útiles, como decían las Partidas, los que mejoran la renta de la cosa. Son gastos voluntarios, deleitosos ó voluptuarios, los de puro lujo y mero recreo, como dice el Código; los adornos que embellecen la cosa principal, como dice el art. 454. Pero queda, digámoslo así, un claro entre uno y otro grupo que sería preciso llenar, previo el necesario deslinde.

Desde luego no pueden definirse los gastos útiles como los que aumentan el valor ó producto de la cosa sin ser indispensables para su conservación, porque también los gastos de puro lujo pueden aumentar ese valor, y no son útiles, siquiera su aumento no sea por la esencia de la cosa, sino por sus accidentes. ¿Quién duda que las buenas pinturas, la lujosa apariencia, aumenta á veces la renta de la cosa? Los gastos hechos para mayor comodidad del poseedor, ¿son gastos útiles ó de lujo? Los que hagan la cosa más útil sin aumentar sus productos, ¿qué concepto merecen?

En nuestro sentir, no puede inventarse una explicación más clara que las mismas palabras empleadas. En vano se definirá lo útil como lo que proporciona beneficio, provecho, comodidad, frutos ó interés. O se extiende demasiado el concepto, ó si algo se suprime, puede limitársele demasiado. El art. 455 supone que los gastos de mero recreo son mejoras. La utilidad se refiere principalmente al aumento de productos, bien en absoluto, bien por la mayor facilidad para obtenerlos; pero también hace relación al beneficio ó provecho real que el gasto reporte á la cosa. Cuando este provecho ó beneficio signifique sólo comodidad para determinados poseedores, puro lujo ó mero recreo, como dice el Código, los gastos perte-

cerán á la clase de voluntarios ó voluptuarios. La utilidad ha de ser en absoluto para todos los que tengan la cosa, no relativa al poseedor ú otras determinadas personas, esencial y no accidental. Un muro que circunde una finca, una acequia abierta para el riego, la plantación de vides en un terreno inculto, la instalación del alumbrado ó timbres electricos en un edificio, el hecho de poner ascensor en una casa, son gastos útiles á la finca y á cuantos la posean. Destinar un espacio á jardín, colocar en él fuentes, estatuas y cenador, adornar los techos con pinturas, ó las paredes con relieves, ó los suelos con mosáicos, etc., son gastos de puro lujo ó mero recreo, que no á todos pueden prestar utilidad, aunque aumenten alguna vez accidentalmente el valor de la cosa.

Es más: una misma obra, según las circunstancias y los medios que se empleen, puede constituir un gasto útil ó un gasto voluptuario. Util es desembarazar una senda de piedras para el paso de personas y carros; inútil enarenar una vereda. Util será una tapia de coste relativo al valor de la finca, y de puro lujo construir una costosa verja. Útil es abrir una ventana para dar luz á una habitación; de mero adorno ó para recreo si se construye un ajimez calado. Por esto decimos que sólo á los tribunales en cada caso corresponde apreciar la naturaleza del gasto ó mejora, pues no cabe duda que tanto los gastos útiles como los de puro lujo se invierten en mejorar la cosa. Puede sentarse una regla general: los gastos de mero recreo, ó no influyen en los frutos naturales é industriales, ó los disminuyen; pueden, sin embargo, influir en el aumento de los frutos civiles.

Mejoras.—Los efectos de los gastos útiles ó de mero recreo se llaman mejoras. Son mejoras útiles las que aumentan el producto ó causan verdadero provecho ó beneficio. Son de puro lujo ó mero recreo, las de simple ornato ó comodidad, las que embellecen la cosa sin que en su realización influya la necesidad ni el deseo de lucro.

Las mejoras, ó el aumento de valor de la cosa, puede provenir de los gastos hechos por el poseedor, ó de circunstancias extrañas al mismo. En este grupo pueden incluirse las accesiones naturales,

el aumento de valor producido por la construcción de un ferrocarril, carretera ó canal, ensanche de una calle, nacimiento de una fuente de agua natural ó mineral, crecimiento del arbolado, etc.

4.° *Cargas.*—Las nombra el art. 452, sin más aclaración. La palabra *carga* tiene una acepción limitada, significando el tributo, pecho ó gravamen que se impone para cubrir los gastos públicos, y tiene otra acepción más extensa, expresiva de todo gravamen que afecte directa ó indirectamente á la cosa. En lo que á nuestro particular se refiere, las cargas son gastos hechos, no en la cosa misma, pero sí con ocasión de ella; toda prestación exigida al poseedor por razón de los bienes que posee, constituya ó no un verdadero derecho real sobre los mismos. Todo impuesto ó contribución en favor del Estado ó del municipio que recaiga sobre la cosa que se posee, sea sobre el capital, sea sobre los frutos, las pensiones de un censo ó de un foro, memorias de misas, aniversarios, intereses de un préstamo hipotecario, prestaciones reales exigidas por los municipios al poseedor etc., son cargas, en nuestra opinión, dada la generalidad de expresión del párrafo segundo del art. 452. Estas cargas han de tener también cierto carácter de necesidad, de tal modo, que el no cumplirlas ceda en daño de la relación del poseedor con la cosa.

Se distinguen estos gastos de todos los demás, en que lo mismo los necesarios que los útiles y de puro lujo, y los de producción y cultivo, recaen directamente en la cosa misma, haciéndola producir, mejorar ó subsistir; mas no así los que consisten en cargas.

En resumen: los gastos hechos por el poseedor pueden clasificarse en dos grupos: 1.°, los que recaen en la misma cosa en que se invierten; 2.°, los que no recayendo en ella, se hacen con ocasión de la misma y constituyen cargas que hay necesidad de cumplir para sostener la relación del poseedor con la cosa.

Los primeros son ordinarios ó extraordinarios. Son ordinarios los gastos naturales hechos para que la cosa produzca ó para que vaya sosteniéndose, como los de producción, cultivo, recolección, alimentación ó mero entretenimiento. Son extraordinarios todos los demás.

De éstos, unos impiden que la cosa se destruya ó empeore (gastos necesarios), y otros aumentan su valor (útiles ó de mero recreo), constituyendo las llamadas mejoras.

C.—Deterioros y pérdida.—Deterioro equivale á empeoramiento de la cosa. Pérdida, propiamente, á destrucción.

En los deterioros ó menoscabos, como término opuesto al de mejoras, y aun en la pérdida ó destrucción de la cosa, cabe una distinción análoga á la que allí hicimos, según que dependan directa ó indirectamente del poseedor, ó sean por completo independientes de la voluntad de éste. Cabe, en efecto, que el mismo poseedor intencionalmente destruya la cosa ó la empeore, y cabe que estos efectos se produzcan por su abandono, descuido ó negligencia. Cabe también que se empeore ó destruya por causas extrañas, como la naturaleza misma de las cosas, el tiempo, el caso fortuito ó fuerza mayor, la expropiación forzosa, secarse un manantial, variar el cauce de un río ó la dirección de una corriente, disminuir el valor de ciertos productos, etc.

La cosa además puede perderse en todo ó en parte, y destruirse ó perderse para el poseedor aunque en sí misma no perezca. En este último caso puede haber dolo ó culpa, y puede no haber mediado intención de perjudicar. Por último, también pueden existir cargas, antes no existentes, impuestas por el poseedor vencido, ya por su voluntad, ya por descuido en la defensa de sus intereses.

Entiéndese que la cosa se pierde, dice el art. 1122, cuando perece, queda fuera del comercio ó desaparece de modo que se ignora su existencia, ó no se puede recobrar.

No consideramos verdadero deterioro ó empeoramiento, aquel que pueda repararse mediante gastos ordinarios, lo cual consideramos aplicable á los efectos de las mejoras de puro lujo.

Pasemos ahora al examen de los derechos del poseedor y del propietario, según los diversos casos que pueden ocurrir.

II

EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DEL DUEÑO SEGÚN EL CÓDIGO

1.º—Poseedores á que se refieren los arts. 451 al 458.

Según hicimos observar al comentar el art. 433, las ideas de buena y mala fe encauzan, digámoslo así, la teoría de la posesión, reduciéndola al verdadero concepto que merece como relación transitoria y de mera apariencia, independiente de la existencia de todo derecho fundamental. Una de las aplicaciones más importantes de los principios allí desenvueltos, se contiene en los artículos 451 al 458.

El derecho del poseedor, edificado sobre un falso cimiento, llega un momento en que se derrumba. Relación fundada en el error ó en el dolo; cuando ese error se desvanece, cuando ese dolo se demuestra, deja de existir. Puede afirmarse, asegurarse esa relación por el transcurso del tiempo; pero si antes de que se opere tal transformación, el derecho verdadero, en pugna con el derecho falso, se ostenta vencedor como más firmemente arraigado, la posesión del simple poseedor desaparece, se extingue, y al extinguirse ó desaparecer surgen una porción de relaciones nuevas, de efectos lógicos y naturales, de cuestiones inevitables, para combinar y hacer posible la coexistencia del derecho que no llegó á perderse, y de la relación que de hecho, y á pesar de ese derecho, estuvo más ó menos tiempo subsistente. Los hechos consumados no pueden borrarse por completo.

La existencia de la buena ó mala fe del poseedor es el primero y más importante factor para determinar esos efectos. Ya no se trata de una presunción; se trata de un hecho declarado por los tribunales: la sombra ha sido reemplazada por la claridad. Ha surgido la cuestión entre dos derechos incompatibles sobre una misma cosa. La presunción pasa á la categoría de hecho demostrado ó no desvirtuado por el demandante, ó ha sido destruída mediante la prueba en contrario. Ya quedan perfectamente deslin-

dados los campos. De un lado el poseedor que siempre tuvo buena fe; de otro el poseedor que siempre tuvo mala fe; de otro el que, en virtud del art. 435, tuvo buena fe hasta cierto tiempo, y mala desde ese momento en adelante.

Pero todo poseedor de buena fe llega un instante en que es considerado de mala fe. Al presentarse el propietario ó poseedor de mejor derecho, al conocer que lo que él creía cierto es por lo menos dudoso, y enterarse de los fundamentos en que se apoya la pretensión contraria, la buena fe recibe un golpe de muerte. Puede seguir creyendo el poseedor que su derecho es más firme, porque difícilmente nos resignamos á ver desvanecidas nuestras esperanzas; pero cuando el fallo firme del tribunal le priva de la posesión, toda ilusión necesariamente desaparece. El poseedor, aunque antes no se haya convencido, ha sabido lo indebido de su posesión desde que se ha enterado de la demanda, desde que ha sido citado legalmente para el juicio. Este es el momento de la interrupción de su posesión, según el art. 1945, y este el momento desde el cual deja de percibir los frutos, según el párrafo primero del 451. La declaración judicial se retrotrae á ese instante; pero, ¿se entenderá perdida desde entonces la buena fe? La ley no lo dice, y como la mala fe nunca se presume, á los tribunales solamente toca declararlo en cada caso. «Si al tiempo en que cesare la buena fe...», dice el art. 452; ¿y cuándo cesa, fuera del caso del art. 435? Las sentencias de 27 de Abril de 1877, 22 de Abril, 10 de Mayo y 13 de Junio de 1878, 11 de Febrero y 5 de Octubre de 1885, 17 de Marzo de 1891, 4 de Marzo y 17 de Mayo de 1893, fijaron para el momento de la pérdida de la buena fe la contestación á la demanda, tomando esta doctrina de las Partidas. Por analogía, se admite hoy, con arreglo al art. 1945 del Código (que sólo habla de interrupción de la posesión), el momento de la citación, sin duda más seguro y difícil de eludir. Pero es lo cierto que el Código, fuera del art. 452, sólo dicta reglas para dos clases de poseedores, de buena ó de mala fe, y aquel cuya buena fe no ha podido ser destruída en el juicio es anómalo que sea tratado como de mala fe desde el momento de la citación, porque esto equivaldría á presu_

mir lo que nunca se presume, tal vez en oposición á la realidad. Por esto nos afirmamos en nuestra idea, de que los tribunales en cada caso son los llamados á determinar el tiempo en que cesó la buena fe.

Tienen el concepto de poseedores de buena fe, el marido respecto de los bienes de la dote inestimada (art. 1368), y los herederos del ausente ó presunto muerto, en los casos de los arts. 194 y 198. Es desde luego poseedor de mala fe el heredero incapaz que entra en posesión de los bienes hereditarios contra la prohibición de la ley (art. 760).

Las reglas que pasamos á exponer son aplicables, en cuanto fuere procedente, á los poseedores de derechos especiales, como censatarios, censualistas, usufructuarios, etc., si la cuestión versa sobre alguno de los aludidos derechos.

2.º—Efectos con relación á los frutos.

A.—Poseedor de buena fe.—Con arreglo al art. 451, el poseedor de buena fe hace suyos todos los frutos naturales é industriales que hayan sido ya separados de la cosa.

Los frutos civiles se consideran producidos día por día, y pertenecen en esa proporción al poseedor de buena fe.

Los frutos pendientes corresponden al poseedor y al propietario proporcionalmente al tiempo de la posesión. En esto la ley equipara los frutos naturales é industriales á los civiles. Véase el art. 452.

Lo referente á los frutos percibidos no ofrece dificultad alguna. Ya se hayan perdido antes ó después de percibirse, ya estén consumidos ó existan en poder del poseedor, pertenecen á éste.

Respecto á los frutos civiles también la regla es clara. Si se pagan por una finca 365 pesetas anuales y la posesión se interrumpe á los 170 días, el poseedor percibirá 170 pesetas, y las 195 restantes el propietario. Los frutos civiles vencidos y no pagados son del poseedor; en cambio, los pagados y aun no vencidos, deben restituirse por el poseedor al propietario teniendo en cuenta la expresada regla.

El art. 1303, como especial para las relaciones entre los contratantes, cuando exista nulidad, excluye en su caso la aplicación del 451.

Respecto á los frutos naturales é industriales pendientes, el artículo 452 se halla escrito bajo la base de tratarse de frutos de una finca y de existir producto líquido, así es que se habla de cultivo, recolección, cosecha y producto líquido. Las reglas son justas, pero incompletas.

Nos parece justo el último párrafo de dicho artículo. El poseedor, si hubiera seguido siéndolo, no podía aspirar á más; por lo que, si no acepta la concesión de concluir por sí el cultivo y recoger los frutos, debe perder el derecho á ser indemnizado de otro modo. Esta es una facultad del propietario: «el propietario puede, si quiere», dice el artículo. Si no quiere, el poseedor tiene derecho á los gastos que hubiese hecho para la producción, y además, á la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión. Este precepto se ha tachado de injusto, pero no lo es, puesto que se trata del producto *líquido.* Sí advertimos, que el legislador parece suponer que la recolección corresponde ya al propietario, lo cual no siempre será cierto, y muchas veces ni aun posible.

A., poseedor, gastó 100 en la producción. P., propietario, que se supone hace la recolección, pagó ó gastó en ella otros 100. El producto en bruto ó el total de frutos ascendió á 400. P. toma de esos frutos 100 que abonó al poseedor y 100 que él gastó. Los 200 que quedan se reparten proporcionalmente al tiempo de posesión. No vemos la injusticia. Si el poseedor recolecta, el resultado será el mismo, sin trabajo alguno en el propietario.

Pero las reglas son incompletas, como vamos á ver.

1.° Recuérdese que no hay frutos naturales ó industriales mientras no estén manifiestos ó nacidos, de modo que los frutos pendientes, puesto que son frutos, han de ser manifiestos. Luego si aun no aparecen, el poseedor habrá hecho gastos de barbechera, siembra, etc., que no entran en la regla. ¿Se perderán por el poseedor? Al parecer, sí, porque la esperanza no se paga, porque al

empezar la posesión se aprovecharía tal vez de esos mismos beneficios, y porque sería peligroso considerar esos gastos como útiles, por no haber razón entonces para negar la misma consideración á todos los demás de cultivo. Esos gastos deben estimarse compensados por los frutos.

2.° El propietario opta por abonar los gastos de producción, y después resulta que nada recoge ó recoge menos de lo que pagó. En este caso, como dice el refrán, quien bien tiene y mal escoge, del mal que le venga no se enoje. Pudo dar al poseedor la facultad de concluir el cultivo, y no lo hizo, en la creencia, tal vez, de que escogía lo más beneficioso: debe resignarse con su pérdida. El poseedor no tomará parte proporcional de un producto líquido que no existe: el propietario será perjudicado, ó á lo más, podrá reintegrarse. Hay que convenir en que el artículo parece escrito para el momento de entrar el vencedor en la posesión: ¿será ése el tiempo en que cesa la buena fe del poseedor de buena fe?

3.° Respecto á los animales, dice el art. 357, basta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido. Al nacer, son ya frutos percibidos: antes habrán de considerarse pendientes; pero los artículos 451 y 452 no preven este caso. ¿A quién corresponden esos frutos pendientes? Aquí no cabe hablar de cultivo y recolección. Que la cría pertenece al dueño de la madre, no es decir nada. Y que la cría, como fruto natural, pertenece al propietario, según el art. 354, es decir demasiado; porque si esto fuese cierto en absoluto, ningún fruto pertenecería al poseedor.

A., administrador de B., vende á C., adquirente de buena fe, un rebaño ó una piara de animales pertenecientes á su principal. Al cabo de un año y en virtud de averiguaciones, B. reivindica y obtiene lo suyo. En el momento de la citación había veinte cabezas de vientre, fruto pendiente de la cosa poseída: ¿para quién son las crías? Según el art. 472, todos los frutos pendientes al terminar el usufructo pertenecen al propietario; pero el art. 452 prueba que el criterio del legislador es distinto cuando se trata del poseedor de buena fe, y aun el mismo art. 472 exige abono de gastos de cultivo al usufructuario. Nosotros creemos aplicable la regla misma

del art. 452, y que, por tanto, el poseedor tiene derecho á los gastos de sostenimiento ó alimentación, y á una parte proporcional del producto líquido de esos frutos, sin perjuicio de la reposición de cabezas muertas de que habla el art. 499, y las compensaciones que en su caso puedan ser justas.

Lo mismo decimos respecto á la lana y productos ó frutos análogos manifiestos y pendientes. En la posesión, la ley no desciende á objetos especiales como en el usufructo, y se contenta con trazar líneas generales, á las que debemos acomodarnos.

Jurisprudencia.—Citaremos, como más interesantes, los fallos siguientes:

Para que el poseedor haga suyos los frutos, es necesaria la posesión material ó de hecho, sin que baste que esté declarado el derecho á poseer (sentencia de 9 de Marzo de 1866); pues si el que lo ostenta no ha llegado á ocupar los bienes, no puede hacer en ellos la obra y el trabajo indispensables para la adquisición de frutos (sentencia de 29 de Abril de 1885).

El que posee en virtud de sentencia judicial tiene la consideración de poseedor de buena fe (sentencia de 4 de Marzo de 1893).

Las pensiones cobradas en virtud de acuerdo administrativo, se entienden frutos percibidos por un poseedor de buena fe, por lo que no están sujetas á devolución, aunque se declare en definitiva no haber derecho á jubilación ó pensión (sentencias del Tribunal Contencioso-administrativo de 14 de Julio de 1892 y 22 de Marzo de 1893).

Sobre herencias, véase la del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1890 (1).

---

(1) En las ventas de bienes nacionales rigen reglas especiales El Estado devuelve, al anularse la venta, el precio ó parte de él recibido y sus intereses, estimándose que éstos sustituyen á los frutos ó rentas, debiendo el comprador devolver la cosa con sus frutos ó rentas producidos. Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Abril de 1891, la del Tribunal Contencioso-administrativo de 14 de Julio de 1890 y los Reales decretos sentencias de 21 de Diciembre de 1877, 28 de Marzo de 1879, 20 de Mayo de 1881, 30 de Mayo de 1882, y 20 de Marzo y 27 de Junio de 1884.

El derecho del poseedor de buena fe á percibir los frutos, es indiscutible. Nada se dice que envuelva oposición á este principio cuando se intenta demostrar que solamente la equidad aconseja tal medida. Si las leyes estuviesen siempre fundadas en la equidad, todas serían justas. Lo dice la ley y lo ordena la equidad, ¿qué más fundamento quiere buscarse? Que la ley, según se sostiene, no es lógica, toda vez que el art. 354 dice que los frutos corresponden al propietario, y los arts. 451 y 452 se desvían de este principio, no es exacto en absoluto. ¿Por qué se asignan los frutos al propietario? Porque se supone que son el premio de su trabajo en producirlos y en conservar la cosa. El trabajo lo realiza un usufructuario, pues los frutos no son ya para el propietario. El censatario, el arrendatario, etc., aunque paguen la renta ó pensión en frutos, conservan para sí una buena parte, porque ellos son los que á la cosa la hacen producir. El propietario no pierde todo derecho, porque aun vela por lo suyo. Pero si no hace ni aun esto, si olvida la cosa y ni la conserva ni trabaja en ella, ¿sería justo que él percibiese los frutos? Esta es la razón de lo que disponen los artículos 451 y 452 y las leyes de todos los países. Lo injusto y lo ilógico sería lo contrario, porque la lógica no consiste en seguir inflexiblemente la letra de un artículo y cuidarse de nombres ó palabras, sino en seguir el principio que le anima ó sirve de base. Y aunque así no fuese cierto, que sí lo es, la buena fe del poseedor merece el premio que los artículos á que nos referimos le otorgan.

B.—Poseedor de mala fe.—Aquí tenemos el reverso de la medalla. El poseedor de buena fe percibe todos los frutos. El poseedor de mala fe no tiene derecho á percibir ningunos: se supone que no ha poseído jamás. Los frutos existentes ha de devolverlos; respecto á los perdidos, consumidos y podidos percibir, ha de abonar su importe al propietario. Nada hay que hablar en cuanto á los frutos pendientes. Todo corresponde al propietario. Tal es la idea de la primera parte del art. 455.

Para que proceda la devolución de frutos ó su importe, es necesario que se pidan, y que, declarándose la mala fe por los tribunales, se condene al poseedor (sentencias de 26 de Enero de 1875 y

17 de Marzo de 1891). En evitación de dificultades, la sentencia debe fijar, bien la cantidad de frutos abonables, bien las bases para su determinación (sentencia de 4 de Enero de 1858); añadiendo la de 18 de Mayo de 1876, que aunque el fallo no los regule, al procederse á su ejecución se determinarán. Véanse los artículos 932 á 945 y 947 de la ley de Enjuiciamiento civil, sobre ejecución de sentencias.

El poseedor de mala fe no tiene que pagar intereses por los frutos ó el importe de ellos que deba restituir. Se trata de una cantidad ilíquida, y hasta que en virtud de la sentencia ó en trámites para su ejecución se fije y haga líquida, no puede reputarse constituído en mora el deudor, ni imponerle el pago de los intereses de la cantidad adeudada (sentencia de 13 de Noviembre de 1876).

Véase sobre herencias, posesión de mala fe, la sentencia de 30 de Marzo de 1889.

La ley se muestra severa en demasía con el poseedor de mala fe; pero hay que tener en cuenta que durante algún tiempo ha estado usurpando un derecho que sabía no le correspondía. La ley le ha rodeado de favores, le ha considerado como un propietario, le ha defendido y amparado, y el resultado del juicio demuestra que se ha burlado de la ley y de la sociedad, conduciéndose como un malvado, como un hombre desprovisto de lealtad. La ley le castiga privándole del fruto de su trabajo y obligándole á la restitución, no sólo de la cosa y de todo lo que percibió, sino también de todo lo que pudo percibir. Alabamos el pensamiento; pero á veces resultará excesiva la pena, que nunca debe traspasar ciertos límites. Hasta el delito se extingue por prescripción.

Supongamos que el propietario reivindica una heredad á los veintiocho años de estar un tercero en posesión de ella. Demostrada la mala fe, se rechaza la prescripción alegada. ¿Debe abonar el importe de todos los frutos desde que empezó su posesión? Indudablemente, puesto que el art. 455 no distingue. Pero los frutos, una vez separados de la cosa, son bienes muebles. Si el poseedor los conservase en su poder, ¿no los adquiriría por el término de

seis años, con arreglo al párrafo segundo del art. 1955? En todo caso, ¿no pierde el dueño el derecho de reivindicarlos á los mismos seis años, según el art. 1962? Aunque se considerasen intereses de un capital, ¿no pierde el acreedor el derecho para reclamar? Por otra parte, tenemos que los frutos son accesorios de la finca, y como tales deben incluirse en la restitución (artículos 354 y 1097); que en cierto modo el poseedor viene á tener su derecho sujeto á una condición resolutoria legal, cuyos efectos señala el art. 1123, y sobre todo, lo absoluto del precepto de los artículos 455 y 760. No podemos desarrollar esta cuestión, que abraza, en realidad, otras muchas, y aunque legalmente tal vez no quepa conceder ventaja alguna al poseedor, no creemos injusto limitar su responsabilidad, porque el tiempo, en su acción creadora y destructora, no puede menos de cambiar el aspecto de todas las cosas. Ni el propietario merece tan excesiva recompensa: los frutos de seis años, éste debe ser el límite de su derecho, aun cuando todos se exigiesen al poseedor.

C.—Poseedor de buena fe convertido en de mala fe.—Lo es, en virtud del art. 435, el que llega á conocer lo indebido de su posesión desde el momento en que se pruebe que lo conoció, como ya vimos al comentar dicho artículo. Lo es también todo poseedor vencido, desde la primera citación judicial.

Hay que aplicar las reglas expuestas para el poseedor de buena fe hasta el momento en que ésta se considera perdida, y desde ese momento en adelante las referentes al poseedor de mala fe. No hay más que separar las épocas de posesión. Respecto á los frutos pendientes al cesar la buena fe, véase el art. 452.

Pero dicho artículo no está escrito con suficiente sentido práctico. Ya hicimos notar que era incompleto su precepto. Ahora haremos notar otros inconvenientes.

Si la cesación de la buena fe y la restitución de la cosa fuesen simultáneas ó casi simultáneas, el art. 452 tendría aplicación fácil. Pero en el caso del art. 435, y aun en el del 1945, desde la citación hasta la sentencia, la cosa sigue en poder del poseedor, ¿cómo ha de entenderse la facultad del propietario de conceder á ese po-

seedor el derecho de concluir un cultivo, que ya estará con mucho terminado, cuando la cosa pase á su poder? ¿Cómo cumplir exactamente la ley sin una disposición encaminada á fijar la situación de los frutos al terminar la buena fe? ¿Ni cómo sería esto nunca posible en el caso del art. 435, olvidado tal vez al redactar el 452? Este artículo parece escrito expresamente con relación al momento de perderse la posesión para el poseedor y adquirirse por el propietario. ¿Será éste el momento en que cesa la buena fe? Entonces hay un período en que todo queda á merced del poseedor; entonces el primer párrafo del art. 452 dice algo distinto de lo que se supone, como ya hicimos notar.

En estas confusiones sólo cabe salvar la idea, y realizarla cuando únicamente es posible. El producto líquido de los frutos pendientes en el momento de cesar la buena fe, debe repartirse entre el poseedor y el propietario proporcionalmente al tiempo de posesión de cada clase que resulte probado.

Los frutos podidos percibir en el período de la mala fe son abonables al propietario, porque como dice un notable comentarista, la condena á abonarlos no es tanto una justa represión de la mala fe, como una legítima consecuencia de la culpa ó negligencia del poseedor. En el caso del art. 435 la deducción es cierta. Respecto al poseedor, cuya mala fe no se demuestra, porque sólo nace del pleito mismo en que es vencido, creemos que la ley sólo dice una cosa: percibe todos los frutos hasta la interrupción de su posesión; los devuelve desde esa fecha en adelante, pero sin otra responsabilidad.

3.°—Efectos con relación á los gastos que no constituyen mejoras.

A.—Gastos necesarios.—Con arreglo al art. 453, los gastos necesarios se abonan á *todo* poseedor. Por si no fuese bastante, lo repite el art. 455 respecto al poseedor de mala fe. La única diferencia consiste en el derecho de retención, que estudiaremos en otro lugar, y sólo se concede hoy al poseedor de buena fe. Nada más justo que si la cosa subsiste ó no se ha empeorado merced á los gastos y esfuerzos del poseedor, si por ellos vuelve al poder de su dueño,

éste tenga que satisfacer esos gastos sin distinguir entre buena ó mala fe. No se concibe que el propietario hubiera dejado de hacerlos.

Poco importa que el resultado de esos gastos haya ya desaparecido al recobrar el dueño su posesión. Los gastos necesarios no son mejoras y no siguen, por tanto, las reglas de éstas. Justificados los gastos, deben indemnizarse por completo, sin tener para nada en cuenta el valor de las obras necesarias, en el momento de la entrega. Valgan más ó menos, existan ó no existan, la ley habla de abono de *gastos* en los artículos citados, así como en el 453, con referencia á las mejoras útiles, y en el 455, con referencia á las de puro lujo, habla del valor actual de las mejoras, lo que prueba claramente su idea de que se atienda al coste, á lo gastado; solución que es también la más justa. Las partes de común acuerdo, por sí ó valiéndose de peritos, y en último término los tribunales, decidirán el importe de tales gastos.

Los gastos necesarios, habiendo buena fe, no pueden compensarse con los frutos percibidos. Son dos derechos del poseedor, y no cabe reducirlos á uno sólo.

B.—Gastos de cultivo, entretenimiento, sostenimiento, etc.—Todos ellos son necesarios, pero ordinarios y de naturaleza especial. Nada habla de ellos la ley, salvo cuando se trata de frutos pendientes.

¿Cómo interpretaremos este silencio? ¿Será que la ley los incluye entre los necesarios? Ya demostramos que no; ni merecen tal concepto, ni sería justo que el poseedor de buena fe los cobrase además de percibir los frutos, y el propietario los pagase sin percibir fruto alguno. ¿Será que nunca los considera abonables? Tampoco, porque álguien ha de pagarlos, y no porque la ley no exprese quién en este lugar debe pesar siempre esa carga sobre el poseedor. El legislador muestra, en el art. 452, su criterio al hablar de abono por el propietario, cuando éste percibe los frutos por estar pendientes, y al hablar de producto líquido. La omisión del Código sólo puede explicarse, porque habiendo ya sentado una regla general sobre la materia, no juzgó conveniente alterarla.

En efecto, el art. 356 dice, en general, que el que percibe los frutos tiene obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación. Los términos son exactos y aplicables, lo mismo á las fincas rústicas que á las urbanas, lo mismo á los bienes muebles que á los semovientes, lo mismo en el caso de posesión que en otro cualquiera. El que percibe los frutos paga esos gastos ordinarios que la ley de Partidas y las sentencias de 7 de Marzo de 1867, 17 de Abril de 1874 y 5 de Noviembre de 1881, consideraban como baja necesaria de dichos frutos. El poseedor de buena fe percibe los frutos, y de su cuenta son los gastos de producción, recolección y conservación. El poseedor de mala fe ha hecho gastos para producir los frutos que en definitiva percibe el propietario, pues dichos gastos han de ser de cuenta del perceptor. Ni vale alegar la mala fe, porque, como dice Laurent, el art. 356 se halla escrito más bien para el poseedor de mala fe, verdadero tercero, que para otro cualquiera, y porque nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, y puesto que el propietario percibe los frutos, justo es que descuente los gastos.

Tampoco obstan las palabras del art. 455: «el poseedor de mala fe sólo tendrá derecho á ser reintegrado por los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa», porque hemos partido del supuesto de que intencionalmente no habla el Código en los artículos 451 al 455 de los gastos de cultivo en general, respetando la regla del 356, y así, puesto que sólo trata de los que él califica de necesarios, útiles y de mero recreo, con relación solamente á éstos y no á otros gastos especiales, dice que nada más que los necesarios son abonables al poseedor de mala fe.

En el mismo criterio que sostenemos se inspira también el artículo 1882.

El anticresista á quien se entrega una finca para que con los frutos se reintegre de su crédito, sólo puede hacer en esa finca los gastos necesarios para su producción (sentencia de 7 de Marzo de 1867).

C.—Otros gastos que no son mejoras.

1.° *Cargas.*—El art. 452 está casi copiado del 495 del código

de Portugal. Ya dijimos lo que debía entenderse por cargas. Añade el art. 452, que se prorratearán del mismo modo entre los dos poseedores, el vencido y el vencedor. El párrafo anterior habla de un prorrateo del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de posesión. Las cargas, por lo tanto, se pagan por los dos poseedores en proporción á dicho tiempo.

Pero el art. 452 sólo se refiere al poseedor de buena fe. ¿Y el poseedor de mala fe, las pagará también? Esta es otra omisión del Código. Ese poseedor habrá satisfecho los impuestos, pensiones, contribuciones, rentas, intereses, etc. El de buena fe percibe al fin los frutos; pero al de mala fe que tiene que restituirlos todos, ¿qué compensación le queda? ¿Por qué paga esas cargas el poseedor de buena fe hasta que se interrumpe su posesión, y por qué las paga desde entonces el propietario? Indudablemente, porque se establece una especie de compensación con los frutos, y por la misma razón creemos que, en el caso de ser el poseedor de mala fe, el pago de esas cargas debe considerarse un gasto deducible en la restitución de frutos, puesto que el propietario si hubiera poseído habría percibido esos frutos, es verdad, pero abonando las cargas, y si no las abonase se enriquecería en perjuicio de otro. Además, la cosa podría haberse perdido si tales gastos no se hubiesen satisfecho.

El mismo art. 452 nos suministra otro argumento. El poseedor de buena fe pierde este carácter desde que es interrumpido legalmente en la posesión. Este momento determina el tiempo de su posesión: desde esa época en adelante, si es vencido, es un poseedor de mala fe. Sin embargo, desde ese momento deja de pagar las cargas, como deja de percibir los frutos. ¿No se deduce de aquí que el poseedor de mala fe está desde el principio de su posesión en iguales condiciones, y por lo tanto, que esas cargas deben pagarse por el propietario ó deducirse del importe de los frutos?

Este criterio domina también en el art. 1882.

2.º Gastos judiciales.—Dijimos que, en nuestra opinión, no eran gastos necesarios los hechos legítimamente en defensa de la cosa en caso de promoverse cuestiones judiciales.

Respecto al marido, poseedor de buena fe según el art. 1368, el 1377 dice: «Para la liquidación y restitución de la dote inestimada, se deducirán, si hubiesen sido pagados por el marido: 1.º El importe de las costas y gastos sufragados para su cobranza y defensa.» Aquí concurren circunstancias especiales que no existen en otro poseedor, y por eso se prescribe para ese caso especial lo que se omite en las reglas generales.

En el caso de que el poseedor hubiese recibido la finca de que se le priva del Estado, en virtud de las leyes de desamortización, el pago de los gastos hechos en los interdictos y el de los pleitos incoados contra el poseedor ó comprador, y que terminaron declarándole sin derecho á la propiedad que le fué vendida, corresponde al Estado. (Real decreto-sentencia de 11 de Julio de 1891. Véanse también los de 10 de Junio de 1891, 18 de Febrero y 16 de Abril de 1892, sobre casos análogos.)

En virtud del art. 1478 del Código, todo comprador, salvo casos excepcionales, tiene derecho á exigir del vendedor la restitución del precio, los frutos ó rendimiento, los gastos del contrato, los daños é intereses, y las costas del pleito que haya motivado la evicción. Creemos que este es el criterio que debe seguirse, tanto respecto á gastos judiciales, como gastos de escritura, gravámenes ó defectos ocultos de la cosa, etc.

El propietario vencedor es extraño, por regla general, á esas cuestiones y á esos gastos y perjuicios del poseedor. Aquel á quien sean imputables según los casos y la resolución de los tribunales, debe abonarlos.

Jurisprudencia sobre gastos necesarios.—El abono de los gastos necesarios sólo puede hacerse cuando se prueba la existencia de aquellos cuya indemnización se reclama. (Sentencia de 13 de Octubre de 1856. Véanse también, sobre el derecho á los gastos necesarios en general, las de 20 de Octubre de 1870, 20 de Enero de 1881 y 26 de Abril de 1886.)

4.°—Efectos con relación á las mejoras.

A.—Mejoras existentes que provienen de la voluntad del poseedor.

1.° Mejoras útiles.—a. Poseedor de buena fe.—Según el párrafo segundo del art. 453, los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe, pudiendo optar el que le hubiese vencido en la posesión por satisfacer el importe de los gastos, ó por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa. Se trata de una obligación alternativa, cuya elección corresponde al deudor ó propietario. La ley marca de este modo la diferencia que en cuanto á sus efectos producen los gastos necesarios y los útiles; aquéllos son abonables siempre; éstos sólo en el caso de que existan, y el vencedor prefiera entregar su importe y no el aumento de valor que por ellos haya recibido la cosa. Este aumento de valor ha de apreciarse en el momento de la entrega, y para graduarlo, necesario es saber lo que valía la cosa antes de hacerse la mejora; pero teniendo en cuenta solamente el aumento debido á la mejora misma y no á otras accidentales circunstancias.

Salta á la vista la ventajosa situación del propietario, porque hay mejoras que exigen poco gasto y benefician mucho, y otras muy costosas que dan poco resultado, y el propietario puede elegir siempre el pago de la cantidad menor; pero es lo cierto que si el poseedor hubiese continuado en la posesión, sólo la utilidad resultante hubiera disfrutado, y si ésta es mucha, sólo puede aspirar al reintegro de los gastos efectuados.

b.—Poseedor de mala fe.—El poseedor de mala fe no tiene derecho al abono de las mejoras útiles, ni en cuanto al gasto, ni en cuanto á la mejora. El Código nada legisla sobre ellas; pero se ocupa de las de puro lujo, y expresa en el art. 455 que *sólo* se abonan los gastos necesarios; de donde se deduce que intencionalmente le priva del derecho á reintegrarse de los gastos útiles.

Cuestión.—Pero si las mejoras útiles pueden separarse de la cosa sin que ésta sufra deterioro, ¿podrá separarlas y llevárselas el poseedor? El Código omite toda disposición sobre este particular,

lo mismo en relación al poseedor de buena que al de mala fe.

En cuanto al primero, no vemos inconveniente en aplicar, á falta de ley, los principios generales de derecho, con arreglo al art. 6.º, pero con una limitación. Las mejoras útiles que puedan separarse sin que la cosa sufra deterioro, son objetos que pueden hacerse independientes, objetos creados merced á los gastos y esfuerzos del poseedor; son realmente de la pertenencia de éste, como obra del mismo que antes no existía, ni era necesario que existiese. Creemos indudable el derecho del poseedor á retirarlas. Pero el espíritu en que se inspira el Código en esta materia de mejoras, y la incorporación de estas á la cosa, impone una limitación. Siempre concede el Código derecho al propietario para quedarse con las mejoras abonando su importe (véanse los arts. 454 y 455). Si, pues, él quiere quedarse con las mejoras, el poseedor no puede retirarlas: ha de haber acuerdo entre los interesados ó renuncia de su derecho por el propietario, porque la ley siempre es preferente, sea ó no justa, á los principios generales de derecho.

En cuanto al poseedor de mala fe, la cuestión varía. Los principios de derecho son los mismos. Justo es el derecho á retirar las mejoras útiles. Pero es lo cierto que la ley no concede derecho alguno al poseedor, ó lo que es lo mismo, adjudica esas mejoras al propietario. Así resulta que si éste quiere usar del derecho de quedarse con las mejoras, para hacerlo efectivo tendrá que abonar su importe si el poseedor puede retirarlas, lo cual es contrario á lo que dispone la ley. Conceder ese derecho al poseedor es realmente contrariar el art. 455 y el espíritu del Código relativo á las mejoras de puro lujo. Ni cabe fundarse en que, puesto que en las mejoras de mero recreo se concede ese derecho al poseedor de mala fe, con mucho mayor motivo debe concedérsele en las mejoras útiles. Esto prueba lo justo, no lo legal. Al aplicarse ese principio en las mejoras de mero recreo, se cumple la ley. Al aplicarlo en las mejoras útiles, se infringe la ley. Esta es la diferencia.

¿Puede significar otra cosa el negar al poseedor de mala fe el derecho al abono de los gastos útiles, que la adjudicación de las mejoras al propietario? ¿Podría significar otra cosa el derecho que

se concediese á ese poseedor de retener ó separar las mejoras, más que la privación de las mismas para el propietario ó la necesidad de abonar su importe? Dura será la ley, pero es ley.

2.º *Mejoras de puro lujo ó mero recreo.*—El art. 454 y última parte del 455 se ocupan de ellas, empleando casi las mismas palabras. O pueden separarse sin que la cosa sufra deterioro, ó no. En el último caso, la mejora se ha identificado con la cosa, es parte de la misma, y va con ella á poder del propietario, fuese el poseedor de buena ó mala fe. Si la cosa no sufre deterioro, se trata de algo que puede hacerse independiente: el propietario tiene derecho á apropiarse esas mejoras abonando al poseedor, si es de buena fe, *el importe de lo gastado*; si es de mala fe, *el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión*. Si el propietario no quiere abonar ese importe ó valor, el poseedor tiene derecho á retirarlas.

¿Cuándo se entenderá que la cosa sufre deterioro?—La ley, al hablar de mejoras de puro lujo, se refiere siempre á obras ú objetos que se incorporan ó unen á la cosa principal de un modo más ó menos permanente y eficaz. Respecto á los objetos que son en realidad independientes, como muebles y cuadros, máquinas no incorporadas al edificio, herramientas, estátuas sueltas, etc., no puede haber cuestión: si son del poseedor, si él los ha adquirido para su uso ó comodidad, siempre tiene el derecho de retirarlos. Se trata de obras unidas, incorporadas á la cosa, accesorias de lo principal. La separación, por lo tanto, ha de producir *siempre* algún deterioro; luego á este deterioro natural é indispensable no es al que se refiere la ley, porque entonces se concedería un derecho nominal al poseedor. La palabra *deterioro* se usa también en el art. 457: ¿por qué no ha de representar en ambos artículos la misma idea? No se trata de un desperfecto de poca importancia; se trata de un empeoramiento ó disminución del valor de la cosa. Puede seguirse un criterio análogo al que informa el art. 500. Los desperfectos que exijan reparaciones ordinarias no se consideran deterioros. La ley lo que no quiere es que el propietario sufra perjuicio. Puesto que las mejoras constituyen verdaderas accesiones de la cosa, van con ella; de aquí el derecho único ó preferente, según los casos,

del propietario; pero si el valor esencial de la cosa no se altera, si la cosa puede existir sin las mejoras, el propietario nada pierde aunque se las lleven: de aquí el derecho condicional del poseedor. Ahora bien: los desperfectos producidos al retirar las mejoras, como hechos por este poseedor y en su beneficio, deben pagarse ó repararse por él según los principios generales de derecho. El artículo 942 del código de Méjico va aún más allá, puesto que aunque la cosa sufra detrimento, permite al poseedor de buena fe llevarse las mejoras voluntarias, reparando el daño que por ello se cause; disposición justa, que con la limitación del derecho preferente del propietario siempre que abone los gastos, pudiera haber aceptado nuestro Código.

B.—Mejoras no existentes que provenían de la voluntad del poseedor.—El art. 458 dice claramente que el que obtenga la posesión no está obligado á abonar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa. Estas mejoras han de ser ocasionadas por gastos del poseedor, puesto que si así no fuese no serían abonables aunque existiesen.

Mejora significa, pues, en dicho artículo aumento de valor producido por gastos útiles ó voluntarios del poseedor. Ya probamos en su lugar que los gastos necesarios no son propiamente mejoras; por lo que, existan ó no las obras, su importe siempre se abonará. La disposición del art. 458 es justa, porque se trata de mejoras que sólo utilizó el poseedor, y no sería natural que las pagase el propietario que no llegó á aprovecharse de ellas, fuese la posesión de buena ó mala fe.

¿Cuándo adquiere la cosa el vencedor en el juicio?—La posesión se interrumpe por la citación judicial; pero el propietario no adquiere entonces la cosa, pues ha de esperarse á que, en virtud de sentencia, se declare su derecho. Si retrotraemos los efectos de la sentencia al momento de la interrupción, será posible que en el tiempo intermedio desaparezcan mejoras, que el propietario pagará sin haberlas aprovechado. Si esperamos á que la cosa haya pasado materialmente á dicho propietario, no puede tratarse ya en el juicio ni en trámites de ejecución de sentencia de este particu-

lar, que parece debiera haber sido resuelto con anterioridad. El artículo 1095 puede darnos la clave en relación con el 438. Desde que nace la obligación de entregar la cosa, el acreedor tiene derecho á los frutos; pero no adquiere derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada. El propietario no ha perdido el derecho, pero perdió la posesión; vuelve á adquirirla mediante las formalidades legales practicadas con arreglo al art. 926 de la ley de Enjuiciamiento civil, según dijimos en otro lugar. Consignadas las bases en la sentencia, ó aun sin ellas, en los trámites para su ejecución se decidirá sobre lo que dispone el art. 458. La formalidad legal de la toma de posesión, creemos que determina el momento en que ha de apreciarse si las mejoras existen ó no. El art. 455, á sus efectos especiales, señala también el momento de *entrar en posesión*. Habrá casos, en que, con relación al art. 458, resultará esto algo injusto, pero creemos que es la mejor solución.

C.—Mejoras no provenientes de la voluntad del poseedor.—Las llama el art. 456 procedentes de la naturaleza ó del tiempo, y ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión.

Nuestro Código ha querido comprender las accesiones naturales á que se refieren los arts. 366 al 374, y en general, todas las mejoras no dependientes de la voluntad del poseedor, de las que pusimos ejemplos en las *Ideas generales*. El poseedor, aunque sea de buena fe, no puede alegar derecho alguno sobre ellas; van con la cosa; beneficiaron al poseedor miéntras duró su posesión; al cesar ésta, recaen en beneficio del propietario. La ley no ha podido tampoco tener en cuenta la mala fe, porque el castigo posible fué ya impuesto; si á consecuencia de las mejoras la cosa produjo más, más tiene que restituir el poseedor y más obtiene el propietario.

5.°—Efectos con relación á la restitución, pérdida, deterioro, gravámenes, etc.

A.—Restitución de la cosa.—Este es el efecto principal de la presentación del dueño y declaración de su mejor derecho. La ley supone en todas sus disposiciones, como base, esa restitución; pero es lo cierto que ni aun se ocupa de ella. Ni una palabra que directamente imponga esa obligación al poseedor vencido, ni señale ese

importante efecto de la posesión, se encuentra en los artículos 446 al 466 del Código. Y sin embargo, sobre esa base giran los artículos 451 al 458, ó lo que es lo mismo, salvo graves omisiones, dichos artículos tratan de una porción de relaciones, derechos y deberes nacidos ó fundados en un principio, deber ó efecto propio y esencial de la posesión, que si no se supusiera, legalmente no existiría.

La cosa cuya restitución se pide, puede consistir en una universalidad de bienes. De la restitución de una herencia poseída de buena fe, trata la sentencia de 31 de Diciembre de 1890; de la de una herencia poseída de mala fe, la de 30 de Marzo de 1880.

Hablan de restitución de posesión en casos especiales los artículos 194, 760 y 1377.

Para que la cosa se restituya, es necesario que esté en poder del que debe entregarla ó sea del condenado á la devolución, y sólo entonces puede cumplirse lo que preceptúa el art. 926 de la ley de Enjuiciamiento civil (sentencia de 29 de Diciembre de 1883).

B.—Pérdida y deterioro de la cosa poseída.—El art. 457 dicta reglas aplicables igualmente á los casos de pérdida y deterioro, distinguiendo la buena ó mala fe del poseedor.

1.° Poseedor de buena fe.—No responde de la pérdida ó deterioro de la cosa poseída, á no justificarse que ha procedido con dolo, lo que equivale á decir que no responde nunca mientras sea poseedor de buena fe. ¿Cómo puede justificarse en éste el dolo? ¿Qué es dolo? ¿Qué ha querido decir el art. 457?

No hay en el Código un concepto del dolo que pueda aplicarse al caso del art. 457. En general, podría entenderse por dolo la intención injusta, el propósito de dañar á otra persona injustamente, como dice Escriche. Pero cuando el poseedor es de buena fe, se cree dueño, puede abandonar la cosa, destruirla ó deteriorarla; pero con intención injusta, con propósito de dañar á otro, eso nunca; á sí mismo, bien; á otra persona, ¿cómo?

No hay que cansarse inútilmente: el caso es imposible mientras subsista la buena fe. El art. 457 sólo tiene en esta parte una explicación posible. El Código llama poseedor de buena fe al que la ha tenido hasta el momento del litigio, aun suponiendo que por la

citación pierda ese carácter, cosa discutible: sigue llamándole poseedor de buena fe para distinguirle del que siempre la tuvo mala ó la perdió anteriormente. El art. 457 se refiere á ese poseedor de buena fe que, ante el despecho ó la convicción de perder lo que se había acostumbrado á mirar como suyo, intencionalmente destruye la cosa, la oculta, deteriora, etc., en el período que media desde la citación hasta la entrega, cuando ya puede sostenerse que es poseedor de mala fe. Alguna razón hay, porque esta mala fe dudosa es obra de una ficción, pues en realidad, hasta que la sentencia se hace firme, el poseedor puede seguir creyendo que la cosa es suya; tal vez por eso sólo pena el art. 457, en ese caso, el dolo, la intención injusta, el propósito de perjudicar.

Quizás toda pérdida ó deterioro intencional sea imputable al poseedor de buena fe, aunque no pensase en dañar á ese otro á quien al fin perjudica. Pero no puede darse más extensión al precepto, no cabe hablar de culpa ó negligencia donde la ley sólo habla de dolo, ni cabe discutir si responde de la culpa lata ó leve. Los arts. 1101 y siguientes han borrado ya estas últimas dintinciones; solo hay dolo ó culpa, intención ó negligencia. El art. 457 habla de dolo y nada más que de dolo: luego mientras el artículo no se reforme, no cabe hablar de culpa. El poseedor de buena fe no responde de pérdidas ó deterioros producidos por su abandono ó negligencia.

2.° *Poseedor de mala fe.*—Responde éste del deterioro ó pérdida de la cosa poseída cuando tales hechos han ocurrido por fuerza mayor, sólo en el caso de que maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa al propietario ó poseedor de mejor derecho.

Fuerza mayor equivale á caso fortuíto. Todo lo que no haya podido impedir el poseedor, ni dependa de él; todo lo inevitable, puede estimarse fuerza mayor; una epidemia irremediable en el ganado, un incendio, inundación, robo á mano armada, etc. Según el art. 1105, nadie responde de los sucesos que no hubieran podido preverse ó que, previstos, fuesen inevitables, fuera de los casos expresamente mencionados en la ley. Uno de éstos es el del art. 457:

cuando el poseedor de mala fe retrasase maliciosamente la entrega de la cosa.

Este caso, después de todo, viene á ser una aplicación del párrafo 3.º del art. 1096: «Si el obligado se constituyere en mora, serán de su cuenta los casos fortuítos hasta que se realice la entrega.»

El fallo dispone la entrega; el poseedor es requerido al efecto, ó se lleva á efecto la diligencia de dar posesión, en virtud del artículo 926 de la ley de Enjuiciamiento civil. Si á pesar de haberse intimado al poseedor la entrega, retuvo la cosa en su poder, ó á pesar de la fórmula de dicho artículo se negó á entregarla, hay un retardo malicioso que hace responsable al poseedor de mala fe hasta de las pérdidas y deterioros ocasionados por fuerza mayor. La ley no atiende á la mayor ó menor justicia de sus disposiciones: impone un castigo. Si hubo acuerdo y se fijó un término, un día cierto, al llegar éste incurre el deudor en mora si no entrega, y hay también retardo malicioso.

Si no hay retraso malicioso en la entrega, el poseedor de mala fe responde del deterioro ó pérdida, *en todo caso*, dice la ley, por cualquier causa que no consista en fuerza mayor, quiere decir, sin duda, puesto que sobre esta causa rige otro precepto especial. Responde, pues, el poseedor del dolo y de la culpa en absoluto, de todo deterioro ó pérdida que pudo preverse ó evitarse.

¿En qué consiste esta responsabilidad, como en su caso la del poseedor de buena fe? Responde del valor de lo perdido ó deteriorado, y de la ganancia que á consecuencia de la pérdida ó deterioro haya dejado de obtener el propietario ó poseedor de mejor derecho; en suma, indemniza daños y perjuicios, con arreglo á los principios generales de los artículos 1101 y 1106.

Si después de pagada la indemnización correspondiente la cosa perdida se recupera, como si se ignoraba su paradero, vuelve el río á su antiguo cauce, etc., al recobrarla el propietario debe devolver al poseedor el valor ó importe que recibió por ella, previa deducción de la cantidad á que asciendan los deterioros que resulten.

3.º *Poseedor de buena fe convertido en de mala fe.*—Probado, en virtud del art. 435, el momento en que cesó la buena fe con ante-

rioridad al juicio, el poseedor que hasta dicho momento no respondía de pérdidas ó deterioros, responde desde él en la forma que queda expresada.

Pero el poseedor de buena fe, desde la interrupción legal de su posesión, puede entenderse también, aunque sea en virtud de una ficción, que se convierte en poseedor de mala fe: ¿le serán desde esa interrupción aplicables las reglas relativas á la mala fe en caso de pérdida ó deterioro? Esto parece natural; pero entonces el primer párrafo del art. 457 no tiene explicación, ó dolo equivale sólo á intención. Insistimos en que á este poseedor sigue calificándole el Código de poseedor de buena fe, y cada vez nos convencemos menos de que haya querido despojarle por la interrupción de esa cualidad; pero es sensible que la falta de propiedad de expresión en el artículo produzca tan seria dificultad en su aplicación. De todos modos, al ser condenado, es un deudor obligado á la entrega; por lo que, si la retrasa maliciosamente, responde hasta de la fuerza mayor, si no en virtud del art. 457, con arreglo al 1096 antes transcrito.

C.—Gravámenes.—Respecto á los existentes al empezar la posesión que aun subsistan cuando ésta se pierde, no hay cuestión. Los gastos hechos por ellos constituyen cargas, á las cuales antes nos hemos referido.

Los gravámenes extinguidos por el poseedor y existentes desde el principio de su posesión, como créditos hipotecarios abonados, redenciones de censos, etc., constituyen derechos adquiridos por ese poseedor, y sea el que fuere el concepto que merezcan, han de respetarse por el propietario ó pagarse los gastos que ocasionaron. Véase lo que expusimos sobre este particular en el capítulo primero de esta sección.

Los gravámenes creados y extinguidos por el poseedor mismo, no ofrecen dificultad alguna.

Los creados nuevamente que aun existan al pasar la cosa al propietario, exigen que nos detengamos un momento, aunque el conflicto es más aparente que real. El Código, en los artículos 451 al 458, nada dice sobre este particular.

Se trata de gravámenes sobre la cosa, verdaderos derechos reales, y si no están inscritos, como el propietario es un tercero, no puede ser perjudicado por ellos. Las personas á cuyo favor existan, tendrán sólo acción personal contra el poseedor vencido. Mas para ello parece preciso que el vencedor inscriba, que se funde en un título registrado. ¿Y si ese propietario tampoco inscribe? Rige entonces el derecho común. El poseedor sólo puede gravar lo que era suyo, la posesión. Al extinguirse este derecho principal, arrastra en su caída á todos los que podríamos llamar accesorios, que desaparecen también. Relaciones todas transitorias, al no llegar el poseedor á prescribir, no consiguieron hacerse definitivas. El propietario ha adquirido todos los derechos, más ó menos disgregados, existentes; la cosa vuelve á él conforme la tenía, tal como era cuando su derecho se interrumpió. Esta regla tiene, sin embargo, una excepción en el caso de que el poseedor del derecho real haya adquirido ese derecho por prescripción, cosa posible si él tuvo buena fe, y mala el poseedor de la cosa.

Nos referimos al dominio; aplíquese lo mismo si se reclama otro derecho.

Pero, ¿y si las personas que disfrutaban esos derechos reales inscribieron sus respectivos títulos? Entonces rigen en absoluto las prescripciones de la ley Hipotecaria, por lo que, al comentar el artículo 462, podremos resolver la cuestión, después de exponer los efectos de las inscripciones de posesión. Podemos adelantar que el resultado es el mismo.

6.º—Derecho de retención.

Procuraremos ser breves, no porque el asunto no merezca detenerse en él, sino porque los límites de esta obra no nos consienten gran extensión.

El art. 453 concede solamente al poseedor de buena fe el derecho de retener la cosa hasta que se le satisfagan los gastos necesarios, y los gastos ó las mejoras útiles á que tiene derecho. Considera la ley tan sagrada y legítima la deuda, que, hasta que sea pagada, no consiente que la cosa se restituya al vencedor. Pero, ¿en qué

consiste ese derecho? ¿Qué extensión tiene? Valía la pena de que el legislador hubiese sido más explícito.

Retener, es seguir teniendo, seguir poseyendo, «hasta que se verifique el pago», dice el artículo; pero, ¿no existirá un límite para pagar? El art. 453 no da más luz. La ley 44, tít. 28, Partida 3.ª, tampoco decía más, aunque concedía igual derecho por los gastos necesarios al poseedor de mala fe, «magüer el señor de la casa ó de la heredad lo venciesse della en juyzio, *non gela deue ante entregar fasta quél dé lo que despendió en esta razon*».

Según las sentencias de 29 de Diciembre de 1864 y 14 de Septiembre de 1866, la declaración del derecho de retener en favor del poseedor debe hacerse simultáneamente y en el mismo fallo en que se decide sobre la propiedad.

Nuestro Código prodiga el derecho de retener. Veamos, pues, si en otro lugar completa lo que falta en el art. 453.

Según el 494, el propietario, mientras el usufructuario no preste fianza ó quede dispensado de ella, «puede *retener* en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador y con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido, deducida la suma que por dicha administración se convenga ó judicialmente se le señale». Aquí no existen gastos que reintegrar: el derecho de retención se reduce á administrar.

Según el art. 502, hechas por el usufructuario las reparaciones extraordinarias que exija la subsistencia de la cosa, si el propietario se negare á satisfacer el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las obras, tendrá el usufructuario derecho á *retener* la cosa hasta reintegrarse con sus productos. El 522 completa la idea, disponiendo que al terminar el usufructo se entregará al propietario la cosa usufructuada, salvo el derecho de *retención* que compete al usufructuario *ó sus herederos,* por los desembolsos de que deban ser reintegrados. Aquí hay una deuda, y el derecho de retención se nos manifiesta como un medio de extinguirla; hay gastos necesarios, y por el derecho de retención quedan abonados. La analogía es completa.

Según el art. 1600, el que ha ejecutado una obra en cosa mue-

ble, tiene el derecho de *retenerla en prenda* hasta que se le pague. Según el 1730, el mandatario podrá *retener en prenda* las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización de daños y perjuicios y el reembolso de los gastos. Según el 1780, el depositario puede *retener en prenda* la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito. La prenda, según el 1866, da derecho al acreedor para *retener* la cosa en su poder hasta que se le pague el crédito. Lo mismo se desprende del art. 1983. En todos estos casos, la ley parece referirse á cosas muebles; el derecho de retención se manifiesta como un derecho de prenda; no hay facultad de usar ni de disponer de la cosa, ni discutiremos en este lugar si los artículos 1600, 1730 y 1780 suponen ó no el derecho en el acreedor de instar la enajenación de lo retenido, como faculta respecto á la prenda el art. 1872.

El marido, como poseedor de buena fe respecto á la dote inestimada, disfruta también el derecho de retención, y lo mismo las personas ó herederos á que se refieren los artículos 194 y 198.

Fácil es deducir, descartando el art. 494, por su menor relación con el caso en que nos encontramos, que el Código asimila el derecho de retención en los bienes muebles á la prenda, y en los bienes inmuebles á la anticresis que confiere al acreedor el derecho de percibir los frutos de un inmueble con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito (art. 1881).

Aun tratándose de cosas muebles, la ley hace cuanto está á su alcance para hacer útil ó provechoso este derecho. De aquí el artículo 1868: «Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y si no se le deben, ó en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.»

Respecto á la anticresis, véanse los artículos 1882 y 1883. «El acreedor, dice el primero, salvo pacto en contrario, está obligado á pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca. Lo está asimismo á hacer los gastos necesarios para su conservación y

reparación. Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno ú otro objeto.» «El deudor, dice el 1883, no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe á su acreedor.»

La posesión puede recaer en cosas muebles é inmuebles; la retención de que habla el art. 453 puede, pues, recaer sobre unas ú otras indistintamente. De aquí tal vez la generalidad de la expresión: *retener* hasta el pago. Pero en el art. 453 se trata de gastos reembolsables, de una deuda, como en los artículos 502, 522, 1600, 1730, 1780, 1866 y 1881. ¿Debemos deducir de aquí, como álguien lo hace, que el derecho de retención en el poseedor se reduce á un simple depósito en los bienes muebles y á una mera administración en los inmuebles? ¿Qué ventaja reportaría esa deducción al poseedor ni al propietario, al acreedor ni al deudor, al vencedor ni al vencido? ¿No es más lógico equiparar el derecho de retención á la prenda ó á la anticresis? La idea del Código es más bien ésta que la otra; propietario y poseedor ganan más con ella.

En virtud del art. 1108, en relación con el 1100, disponiendo la sentencia el abono de gastos, queda constituída una obligación pura exigible desde luego, ó á lo más, cuando el deudor sea requerido judicial ó extrajudicialmente para su cumplimiento. Consistiendo esa obligación en el pago de una cantidad en dinero, el propietario, desde que incurra en mora hasta que realice el pago, tiene que satisfacer intereses. Al cobro de estos intereses y al reintegro de la cantidad principal queda afecta la cosa. El derecho de retención es un derecho accesorio de garantía; para que sea fructuoso, es necesario conceder al acreedor el derecho de reintegrarse con los intereses de la cosa mueble, si los produce, ó con los frutos del inmueble. Si esto no se admite, porque la ley no lo dice explícitamente en el art. 453, ¿admitiremos el depósito ó la administración, que es lo que se pretende, y tampoco lo dice la ley explícita ni implícitamente? ¿Por qué inventar esta solución y dolerse de que no sea la otra, cuando después de todo, la solución desechada tiene un fundamento mucho más firme que la que caprichosamente se acepta?

Si el deudor ó propietario no paga en muchos años, ¿tendrá el poseedor la carga perpetua de gastar, hacer producir, rendir cuentas y guardar para otro? ¿No se observa que esto es un absurdo? ¿No se ve claramente que la ley concede un *derecho,* y que con la explicación dada se impone una obligación?

El deudor no paga; el acreedor procede por embargo y venta de bienes. ¿Se pretenderá que el embargo recaiga *forzosamente* en otros objetos distintos al retenido? Locura es pensarlo. El embargo está ya hecho; ¿no es el embargo también una retención? Sólo procede la venta de lo retenido. Se dirá que entonces el derecho de retención lleva consigo el derecho de instar la venta si así fuese *necesario.* Es claro, no hay otro remedio. ¿A qué dar rodeos, si ahí ha de venirse al fin á parar? El derecho de retención, lo hemos dicho, es el derecho de prenda ó el de anticresis constituído por la ley con independencia de la voluntad de las partes.

¿Qué facultades tendrá el poseedor? En nuestra opinión, las siguientes:

1.ª El poseedor cambia la posesión que tenía en nombre propio y en concepto de dueño, por otra posesión en concepto de acreedor prendario ó anticresista.

2.ª Retiene la cosa hasta que se le pague su crédito, entendiéndose que uno de los caracteres de su derecho es la indivisibilidad, por lo cual, aunque se pague una parte de dicho crédito, subsiste íntegra sobre la cosa la facultad de retener, lo cual no obsta á que si las cosas son varias, puedan irse entregando en proporción á lo pagado.

3.ª Puede utilizar los derechos á que se refieren los artículos 1868 y 1872, ó 1882 y 1884, todos relativamente al cobro de lo que se le adeude.

4.ª Puede defender la cosa, por analogía con el art. 1869, ejercitando los interdictos.

5.ª Puede hacer valer su derecho contra tercero, lo que indica que, con relación á la cosa que retiene, goza de preferencia contra todo otro acreedor del propietario, y aunque el dominio pase á tercera persona. En efecto, el poseedor de mejor derecho adquiere

la cosa, sea en virtud de sentencia ó de transacción, y puede disponer de ella ó gravarla; pero la adquiere con una limitación: no posee mientras no abone los gastos necesarios y las mejoras útiles á cuyo pago fué condenado ó se obligó. Recíprocamente, el poseedor vencido adquiere un derecho de garantía sobre la cosa que retiene, derecho inútil si hubiera de perderlo ó debiera ser pospuesto por los actos de enajenación ó gravamen verificados por el propietario. Este sólo puede transmitir ó gravar lo que tiene, no lo que ha perdido. El derecho de retención subsiste, pues, en el poseedor, cualesquiera que sean los actos de libre disposición del propietario. El art. 1922 dice: «Con relación á *determinados* bienes muebles del deudor, gozan de preferencia: 1.°, los créditos por construcción, reparación, conservación ó precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos; 2.°, los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.» Con relación á determinados inmuebles gozan de preferencia, según el 1923, los créditos refaccionarios; y 4.°, «los preventivamente anotados en el Registro de la propiedad en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros ó ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto á créditos posteriores». Véanse también los artículos 1926 y 1927.

6.ª El acreedor ó poseedor es dueño de un crédito, y de un crédito preferente, puesto que su importe existe en la cosa misma, ha recaído en ella, por lo que se trata de un crédito que ofrece analogía con el refaccionario. Puede disponer de ese crédito como otro acreedor cualquiera. ¿Transmitirá el derecho de retención? El art. 1528 dice: «La venta ó cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda ó privilegio.» El derecho de retención es accesorio y va con lo principal; sea un privilegio si se quiere, también lo comprende el art. 1528. Se pretende que este es un caso de excepción de dicho artículo; pero ¿esa excepción dónde se consigna? Se necesita mucha ofuscación para sostener tal cosa. Si el art. 1528 comprende en la cesión de lo principal todos los derechos accesorios, aunque

consistan en un privilegio, ¿no es caprichoso fingir una excepción en obsequio del propietario, respecto al derecho accesorio de retención? A esto sólo se contesta que se trata de un derecho *personalísimo* concedido á la buena fe. Llegamos al núcleo de la cuestión: si en efecto el derecho de retención es personalísimo, podrá ser real, pero no trasmisible.

Advertiremos, en primer término, que la ley no dice que el derecho que nos ocupa sea personalísimo.

En segundo lugar, que los artículos 502, 522, 1730, etc., conceden el derecho de retención sin entrar en averiguaciones sobre buena ó mala fe en los acreedores, y que las Partidas lo reconocían hasta al poseedor de mala fe, por lo que el Código será quien lo ha convertido en personalísimo, y no siempre, sino sólo respecto al poseedor, á quien tanto protege ó blasona de proteger.

En tercer lugar, que nada tiene que ver la buena fe, como fundamento del derecho de retención, con la prohibición de transmitir el derecho que se concede. Aunque Laurent lo diga, no podemos creerlo: no nos basta su autoridad.

Es, en efecto, la buena fe uno de los fundamentos actuales para que ese derecho se conceda al poseedor, queremos admitirlo así, como es la buena fe el fundamento para el abono de las mejoras útiles, como es la buena fe, cualidad moral y esencialmente subjetiva, uno de los fundamentos capitales para adquirir el dominio en prescripción ordinaria. La lógica obliga á ser consecuentes. Puesto que el poseedor no cobraría las mejoras útiles si no tuviese buena fe, el derecho del poseedor al importe de esas mejoras es personalísimo, y este crédito, ni aun como principal, puede transmitirlo. Puesto que sin la buena fe no procedería la prescripción ordinaria, la ley concede en este caso un dominio personalísimo, que no puede transmitirse, por lo menos, hasta que transcurran treinta años. ¿No es esto un absurdo? ¿No sería esa, sin embargo, la consecuencia lógica y natural?

No hay tal cosa. El derecho de retención á favor del poseedor no existiría sin la buena fe, con arreglo al art. 453; la buena fe, aunque no por sí sola, determina por tanto la concesión de ese

derecho, que es como una recompensa; pero de aquí á que sea personalísimo y no pueda transmitirse media un abismo. Siempre que la ley concede un derecho, se funda en algo, y ese algo es con frecuencia una cualidad inseparable de la persona á quien lo concede. Llama á la herencia intestada á los descendientes, á los ascendientes, á los colaterales, porque son hijos ó nietos, padres ó abuelos, hermanos ó tíos, etc.; concede el usufructo de cierta porción al viudo precisamente por serlo, la legítima á los legitimarios, etc.; pero ¿deduciremos de aquí que, una vez adquirido el derecho, no pueden esos herederos transmitirlo, porque los adquirentes ya no son hijos, padres, etc.?

El derecho de retención es inseparable de la cosa: esto sí que es cierto, como el derecho de prenda, como la anticresis, como el crédito refaccionario, como el retracto legal. En éste vemos alguna analogía: el condómino, el propietario colindante, el enfiteuta, etc., tienen este derecho; pero el que adquiere el derecho indiviso, la finca limítrofe, el dominio útil ó el directo, adquieren la facultad de retraer como un accesorio de esos derechos.

¿A qué esforzarnos? La ley confiere un derecho inseparable de la cosa al poseedor de buena fe; para que éste, dueño de ese derecho, no pudiera transmitirlo, necesaria sería una prohibición legal que no existe; como puede transmitir lo principal, tenga ó no buena fe, puede transmitir la garantía accesoria concedida á la buena fe tan sólo; es más, aunque nada se convenga, el art. 1528 dice que siempre va lo uno con lo otro. El tercer adquirente pasa á ser acreedor con garantía, y puede, por lo tanto, utilizar el derecho de retención hasta que se le pague.

Por todo lo expuesto, es indudable que se concede un derecho real, accesorio y transmisible. Aunque fuese personalísimo, no variaríamos de criterio. Personalísimo era el usufructo en la legislación anterior, personalísimo se sostiene que sigue siendo el usufructo legal; nadie niega, sin embargo, que sea un derecho real.

7.ª El derecho de retención, cuando se ejercita en bienes inmuebles, confiere la facultad de obtener al menos una anotación preventiva en el Registro de la propiedad. Si el derecho del dueño

queda limitado, es evidente que su posesión queda afecta á un gravamen constituído por la ley y declarado en una sentencia firme; necesario es que los terceros lo conozcan, y necesario al poseedor que conste su constitución, porque de otro modo nada podría evitar que cualquier crédito posterior, hipotecario, refaccionario ó personal, inscrito ó anotado, fuese preferente al que motivó la retención, en virtud del texto expreso del art. 1923. El derecho de retención podría ser inscrito, pero si se atiende á su carácter provisional, parece lo más propio una anotación que encajaría en el núm. 3.° del art. 42 de la ley Hipotecaria. En trámites de ejecución de sentencia no vemos inconveniente en que se pidiese la expedición de mandamiento al Registro, para hacer constar el derecho concedido por el fallo al poseedor.

El poseedor no puede disponer de la cosa, ni usarla, si es mueble, en armonía con el art. 1870. Cuidará de la cosa como si fuera propia; rendirá cuentas cuando perciba frutos de cualquier clase, responderá de los deterioros ó de la pérdida en caso de negligencia, etc. Sólo podrá hacer gastos para la producción, recolección, sostenimiento, etc.; pero si hubiese necesidad de otros para la subsistencia de la cosa, y no los abonase el propietario, podrá hacerlos el poseedor, con derecho al reintegro.

ARTÍCULO 459

El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario.

Nada de particular ni de difícil aplicación ofrece este artículo, que establece otra presunción en favor del poseedor.

La ley 10, tít. 15, Partida 3.ª, establecía que sobre la posesión actual sin título, debía prevalecer el derecho de un tercero que probase su adquisición. «E esto es porque sospecharon los sabios antiguos que todo ome que en alguna sazón fué señor de la cosa, que lo es aún, fasta que sea probado lo contrario.»

No es esta precisamente la situación que nuestro Código supone. Se trata de un poseedor actual ó de hecho, cuya relación, por ser visible no necesita prueba, de quien se duda haya poseído con anterioridad. Probando este poseedor la posesión en una época anterior, por ejemplo, al adquirir, se presume que ha poseído desde entonces sin interrupción, salvo, aunque el artículo no lo dijese, la prueba en contrario.

Esta presunción sirve sobre todo en la doctrina de la prescripción y en la de los arts. 451 al 454 y 457; pero no guarda relación con el caso del art. 455 y 457 en relación al poseedor de mala fe. En este caso, dicho poseedor no ha de demostrar su posesión anterior, pues de ello sólo pueden seguírsele, por regla general, perjuicios. Entendemos que si la prueba la hace el propietario, queda también establecida la misma presunción; si al poseedor de mala fe, para librarse de la restitución de ciertos frutos, indemnización por deterioros, etc., le interesa demostrar lo contrario, á él corresponderá probarlo.

ARTÍCULO 460

El poseedor puede perder su posesión:

1.º Por abandono de la cosa.

2.º Por cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuito.

3.º Por destrucción ó pérdida total de la cosa, ó por quedar ésta fuera del comercio.

4.º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.

Desde este artículo en adelante puede decirse que el Código trata de la pérdida de la posesión, que sin duda considera como efectos de la misma.

El art. 460 no habla de la pérdida de la posesión en general, sino de esa pérdida con relación á un poseedor determinado. Por eso comprende en su núm. 2.º, como caso de pérdida, el de cesión ó transmisión de la posesión.

Ni se refiere á la pérdida de la posesión de hecho, teniendo en cuenta, sin duda, que puede recobrarse. Por eso exige en el número 4.° el transcurso de un año en la nueva posesión. En los cuatro casos citados, el poseedor pierde realmente todo derecho para lo sucesivo que esté fundado exclusivamente en la posesión.

Sirven de precedentes al art. 460 del Código, las leyes 2.ª y 9.ª del tít. 4.°, libro 4.° del Fuero Viejo de Castilla; la 1.ª, tít. 11, libro 2.° del Fuero Real; la ley 242 del Estilo; las leyes 10, 12, 13, 14, 17 y 18 del tít. 30, Partida 3.ª, y la 3.ª, tít. 8.°, libro 11 de la Novísima Recopilación.

Concuerda el mismo artículo con el 482 del código de Portugal, del cual sin duda se ha tomado; con el 2243 de los códigos de Francia y Bélgica, 694 del de Italia, 952 y 953 del código de Méjico, 855 y 856 del de la Baja California, 2452 y siguientes del de la República Argentina, 539 del de Guatemala, 724 y 726 del de Chile, 617 del de Uruguay, etc.

Tiende nuestro Código á generalizar, pero no por eso se crea que toda la doctrina relativa á la pérdida de la posesión se condensa en el art. 460. Hay que estudiar, para los casos especiales á que se aplican, los arts. 461 al 466, y además los 1943 á 1948, relativos á la interrupción natural ó civil de la posesión; artículos que no se refieren ciertamente á una mera suspensión de la relación posesoria, sino á una cesación definitiva para el efecto de prescribir, como veremos en su lugar.

Savigny sostiene que si bien la adquisición posesoria requiere el poder físico, el ejercicio de la posesión no requiere la actualidad constante en la ocupación de la cosa, bastando la posibilidad de reproducir á voluntad esa relación corporal, de modo que mientras exista esa posibilidad y la voluntad de reproducirla en el poseedor, la posesión no se pierde.

Ihering, por el contrario, afirma que siendo la posesión la exterioridad de la propiedad, debe declararse perdida cuando la cosa ha llegado á encontrarse en una posición en desacuerdo con la manera y forma regulares bajo las cuales el propietario tiene costumbre de servirse de ellas.

En otra esfera más concreta, según que se atienda al mero hecho de poseer ó al derecho de posesión, pueden señalarse diversas causas ó modos de perder la posesión, ya tomando el camino trazado por las Partidas, ya refiriéndose realmente á modos de perder el dominio. No deja de llamar la atención que nuestro Código prescinda de los modos de perder el dominio. Pueden, en verdad, aplicarse al caso los tres primeros números del art. 460, y además el del art. 349, aunque existen otros en cuyo examen no entramos por no desviarnos del comentario que ahora nos ocupa.

Sea como sea, el art. 460 se refiere solamente á la posesión, y comprende en relación *á la persona* la renuncia extintiva, voluntaria ó presunta (núms. 1.º y 4.º) y la renuncia traslativa ó cesión (núm. 2.º), *abandono*, *prescripción*, *enajenación*, y en relación *á la cosa*, su pérdida ó destrucción, y el quedar fuera del comercio. En este último grupo puede incluirse el caso de expropiación forzosa, avenida de río, avance del mar, etc. Siempre resulta que hay una causa característica ó propia de pérdida de posesión, cual es la presentación del dueño y declaración de su derecho, y que esa causa ni aun se menciona en los arts. 460 al 466. Véase el 1945 y siguientes.

En el art. 460, solamente su núm. 4.º, puede motivar dudas y dificultades.

MODOS DE PERDER LA POSESIÓN

1.º Abandono de la cosa.—El que tiene un derecho puede desprenderse de él. Este acto, por virtud del cual se desampara voluntariamente la cosa con intención de perderla, constituye el abandono. No hay verdadera intención de perder cuando en un naufragio, incendio, etc., se arrojan al mar ó á la vía objetos diversos.

Mediante el abandono voluntario, la cosa queda sin dueño ó poseedor, se convierte en *nullius* y puede adquirirla un tercero por medio de la ocupación. Hay, pues, no sólo pérdida de la tenencia ó posesión de hecho, sino pérdida del derecho de posesión. Para

que el abandono sea eficaz, es necesario que esté hecho por el poseedor en concepto de dueño.

Esta causa puede aplicarse también á los derechos.

2.º *Cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuito.*—Cesión quiere decir transmisión en cualquier forma. No cabe duda acerca del derecho del poseedor para disponer de lo que tiene como suyo. No se trata aquí de las formas especiales de disposición, que consisten en gravar, limitar, transformar, etc., sino del hecho de traspasar el poseedor á un tercero todos los derechos que pudiera tener sobre la cosa.

En realidad, no hay aquí, como en el caso anterior, verdadera pérdida de posesión, porque la relación con la cosa ó el derecho no se rompe, y éstos no quedan en libertad; cambia sólo el sujeto de esa relación. La posesión puede decirse que continúa y así ha de entenderse, á los efectos del art. 1960, núm. 1.º, en relación á la prescripción. Pero, en fin, el que era poseedor deja de serlo. En tal sentido, la muerte del poseedor extingue también la posesión.

Deduzcamos las mismas consecuencias que en el caso anterior. 1.º Hay pérdida para el poseedor del derecho de posesión, no de la simple tenencia. 2.º Sólo el poseedor en concepto de dueño (de la cosa ó del derecho) puede ceder ó transmitir. 3.º Las cosas y los derechos pueden ser objeto de transmisión.

De la tradición en general nos ocuparemos al comentar el artículo 609, el 1095, etc.

El título es oneroso cuando se da algo equivalente á lo que se recibe, y gratuito en el caso contrario. Véase el art. 1274. La cesión puede ser á título universal ó singular.

3.º *Por destrucción ó pérdida total de la cosa, ó por quedar ésta fuera del comercio.*—Se comprenden aquí dos causas que realmente extinguen toda relación con la cosa, puesto que ésta, ó deja de serlo, ó deja de ser susceptible de propiedad privada. Falta el objeto de la posesión.

La ley considera pérdida total de la cosa, su destrucción, la cual puede ser voluntaria ó casual. Hay, no obstante, casos de accesión en los que también la cosa se pierde por unirse á otra de un

modo inseparable, y puede perderse por ignorarse su paradero.

Además, el poseedor pierde la posesión por quedar la cosa fuera del comercio. Así, si se expropia un terreno por causa de utilidad pública, construyéndose una carretera, ferrocarril, canal, etc., la cosa se hace pública. Lo mismo ocurre por variar un río de cauce, caso en el cual podría recobrarse la posesión de nuevo.

También en estos casos cesa el hecho y el derecho de poseer.

4.º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.— Este caso viene á ser el de pérdida de la posesión por prescripción.

El tiempo todo lo destruye, todo lo borra; de aquí que acabe por extinguir todo derecho. Y si este principio es cierto en absoluto y el fundamento más lógico y exacto de la prescripción, como veremos al ocuparnos de esta materia, aplicado á la posesión tenía forzosamente que manifestarse con más viveza ó producir un efecto más rápido. Es la posesión, según tenemos repetido, una relación de hecho, un derecho de puro ejercicio. Como dice Ihering, en eso consiste que se nos muestre como una forma visible ó exteriorizada de la propiedad. Desde el momento en que se reconoce un derecho al poseedor, no podemos deducir, como sería lo más lógico, que se pierde en cuanto la relación deje de ser constante, actual y visible; justo es dejar algún tiempo para que pueda recobrarse la actualidad posesoria perdida; pero ello es lo cierto que al prescindirse de todo derecho fundamental, al concretarse al ejercicio, al trabajo sobre la cosa, á su amparo, conservación y defensa, ese plazo no puede ser muy largo, porque en tanto transcurre se ha creado otra relación de hecho, visible y actual, que cada día adquiere mayor estabilidad y firmeza. Es una nueva posesión que sustituye á la antigua. El plazo es más bien una consideración al poseedor anterior que tenía adquirido el derecho al ejercicio, para que obrando con actividad pueda recobrar la relación de hecho que perdió. Se fija un año. Si la apatía y negligencia de ese poseedor deja que transcurra, de hecho existe un abandono que hace que en él se extinga la posesión.

Este plazo de más de un año tiene antiguo abolengo en nuestra legislación. Ya hablaba de los efectos de la posesión de año y

día la ley 9.ª, tít. 4.º, libro 4.º del Fuero Viejo, y la ley 242 del Estilo. Aclarando aun más, decía la ley 1.ª, tít. 11, libro 2.º del Fuero Real, «todo home que demandare heredad á otro, ó otra cosa cualquier, si el tenedor de la heredad, ó de aquella cosa que le demandan, quisiera ampararse por tiempo é dixere que año y día es pasado que lo tuvo en paz y en faz, entrando y saliendo de la tierra ó en la villa el demandador, no le responda el tenedor de la cosa: é si el tenedor de la cosa no pudiere esto probar así como manda el Fuero, mandamos que responda al demandador. E si tuvo la heredad, ó la cosa en peños ó encomienda ó arrendad, ó alegada ó forzada, no se pueda defender por tiempo, así como dicho es en esta ley. Ca estos á tales no son tenedores por sí, mas por aquellos de quien tienen la cosa».

Después la Novísima Recopilación (ley 3.ª, tít. 8.º, libro 11) dispuso que para gozar de tal protección (la de no tener que contestar demanda alguna de posesión), era necesario que se tuviese la cosa con título y buena fe.

Creemos fundada la prescripción especial por un año en la posesión; pero se nos ocurren dudas, que no queremos dejar de exponer.

Primera. Dice el núm. 4.º del art. 460, que se pierde la posesión aun *contra* la voluntad del antiguo poseedor. *¿Se comprende en la regla la posesión adquirida violentamente?*

Nuestro artículo está tomado al pie de la letra del art. 482 del código portugués, sin advertir que, como no en todo se siguen sus principios, las consecuencias no pueden ni deben ser idénticas. En efecto, el art. 474 del código de Portugal dice, como el 444 del nuestro, que los actos de mera tolerancia no constituyen posesión. Respecto á los actos clandestinos, el 482 expresa que el año corre en tal caso desde que llegue la posesión clandestina á conocimiento del antiguo poseedor; aclaración que no hubiera estado de más que se hubiese copiado también en nuestro Código. Pero respecto á los actos violentos, no contiene el código portugués ningún precepto igual al de nuestro art. 444. Lejos de eso, el art. 486 permite al poseedor despojado restituirse por la fuerza en su pose-

sión, y el 487 dice que, si el poseedor fué despojado *violentamente*, tiene derecho á ser restituído, siempre que lo requiera en el término de un año. Después de esto, no es de extrañar que el 482 repita lo mismo, y aun *contra* la voluntad del poseedor declare perdida por ese plazo su posesión.

Pero después de igualar nuestro Código en el art. 444 la posesión violenta con la meramente tolerada y la clandestina, después de declarar que *no afecta* á la posesión, ¿cómo se atreve á sostener que es igual á cualquiera otra, y que por actos violentos se adquiere y se pierde? Copiar es muy fácil; copiar á conciencia, adaptando á la propia doctrina lo que no se conforme con ella, no es tan sencillo.

Y ante este conflicto en que nos coloca nuestro Código, ¿qué solución podemos adoptar?

No expresa el núm. 4.º del art. 460 que se trate de actos violentos ó de fuerza, aunque copia la frase *contra la voluntad,* que en el Código de que copia eso quiere decir. Si suponemos que no quiere referirse á una posesión violenta, sino solamente á una posesión no conforme á la voluntad del antiguo poseedor, el precepto del art. 444 se sostiene en toda su pureza. No entramos á averiguar ni á discutir si el poseedor despojado violentamente, que deja transcurrir un año sin reclamar su derecho, merece con más ó menos justicia que otro cualquiera la pérdida de su derecho. Lo que decimos es, que afirmar que los actos violentos no afectan á la posesión, y decir á renglón seguido que el poseedor por actos violentos adquiere la posesión por el transcurso de un año, ni más ni menos que otro cualquiera, sería un contrasentido, y constituiría una verdadera *violencia* contra el sentido común.

El poseedor en virtud de actos meramente tolerados que posea por más de un año, ¿adquiere la posesión? Indudablemente no: á ello se opone el art. 444 y el 1942. El poseedor clandestino, ¿adquiere por el mismo término la posesión? Tampoco: falta aquí uno de los fundamentos de la prescripción, que es que el poseedor sepa y consienta. El poseedor por actos violentos, ¿adquiere posesión por el transcurso del año? No podemos creerlo: aunque por dis-

tintas razones, los efectos deben ser los mismos en virtud del artículo 444 y del 1941. O no hay contradicción entre estos artículos y el 460, ó si la hay, debe resolverse en favor del art. 444, sin que por esto creamos que la resolución sea la más justa. Así también resolvía este caso la ley 1.ª, tít. 11, libro 2.° del Fuero Real que dejamos transcrita.

Pero de aquí nace otra cuestión. Si ese poseedor no adquiere en un año, ¿cuándo adquiere? Nosotros distinguiríamos. Cuando la violencia constituyese delito, aplicaríamos el art. 1956, esperando á que prescribiese el delito ó falta, y su pena y la responsabilidad civil, para computar el año. Cuando no existiese delito, aplicaríamos el art. 460. De todos modos, el antiguo poseedor, al transcurrir el año, no puede utilizar contra el despojante los interdictos (art. 1968), pero sí puede ejercitar la acción criminal cuando proceda y no haya prescrito.

Segunda. ¿Basta dejar de poseer un año para perder la posesión?—Según el núm. 1.° del art. 1968, por el transcurso de un año prescribe la acción para recobrar ó retener la posesión; pero ese plazo se cuenta desde que otro posee ó perturba nuestra posesión. Según el 460, núm. 4.°, la posesión se pierde cuando *otro posee* por más de un año. Aquí hay varias ideas: un poseedor que deja de poseer por más de un año; otro que posee en ese tiempo. La posesión no se pierde, pues, por el sólo hecho de dejar de poseer, sino porque haya otro que posea. Este otro tampoco adquiere, hasta que por sí mismo, ó uniendo su posesión á la de sus causantes, lleve más de un año. A. se ausenta dejando de hecho abandonada una finca, aunque sin intención de desprenderse de ella; vuelve á los trece meses y la ocupa nuevamente. A pesar del precepto del art. 1944, no hay cesación definitiva, no hay pérdida de posesión; la presunción del art. 459 cubre el tiempo intermedio. Otro caso: B. ocupa la finca durante la ausencia de A. y á los ocho meses de ésta; aunque A. vuelva á los diecinueve, ó sea once meses después, no ha perdido su derecho á recobrar la posesión en virtud del art. 1968, ni B. ha adquirido aun más que una posesión de hecho. Así ha de entenderse el núm. 4.° del art. 460.

Se trata de dos posesiones independientes; no hay transmisión; no puede haber unión de posesiones; una posesión se extingue y nace otra distinta. De aquí que, aunque un censatario, arrendatario, depositario, etc., posea más de un año la cosa, como su posesión no es independiente, no adquiere por ello posesión en concepto de dueño, ni ésta es perdida para la persona á quien corresponda. Así lo confirma el art. 436 y el 460. Esa posesión es con arreglo á la voluntad del dueño, no sin ella ni contra ella.

Tercera. ¿Puéde ejercitarse después del año la acción publiciana?—No trata el art. 460, núm. 4.°, de la pérdida de una mera tenencia ó de una posesión de hecho, porque para esto basta la posesión por otro, por poco que dure. En los tres primeros números de dicho artículo, como hemos visto, el poseedor pierde su derecho, y por ninguna acción puede ya reclamar. Puesto el núm. 4.° al lado de los otros, la consecuencia debe ser la misma; *se pierde la posesión*, y una vez perdida, difícil es sostener que aun queda derecho en el poseedor para reclamarla; *se adquiere la posesión* por otro, y una vez adquirida, difícil es empeñarse en afirmar que no la ha adquirido. Se necesitaba un artículo ó disposición aclaratoria que expresase que lo perdido y adquirido es el derecho de utilizar los interdictos, y que aun queda al que perdió esa facultad el derecho real de posesión. El art. 446 prueba: que para utilizar los interdictos basta poseer, aunque la posesión sea de menos de un año, basta poseer de hecho. El 460 prueba que lo que se pierde es la posesión, y no ciertamente como hecho, sino como derecho. La consecuencia es ineludible. Después de poseer otro por más de un año, sólo puede reclamar el propietario por la acción reivindicatoria. Esto se halla conforme con el fundamento de la prescripción de la posesión.

No hallamos fundamento á las distinciones entre la posesión de menos de un año, mero hecho, posesión de un año al efecto de los interdictos, derecho real de posesión, que al amparo de la acción publiciana puede subsistir sin ejercicio durante el tiempo de duración de las acciones reales, y derecho de poseer en el propietario. No negamos con esto que la posesión sea derecho: lo que se ad-

quiere al año de poseer, no es la posesión como hecho; lo que hay es que se trata de un derecho de naturaleza especial, que requiere actividad, ejercicio, vida, á diferencia de otros que existen virtualmente, y aun perdiéndose su ejercicio, subsisten. Por eso, la acción que ese derecho produce, aun real y eficaz por tanto contra terceros adquirentes, se extingue con el derecho al año, y con el derecho se adquiere en el mismo tiempo.

No vemos otro remedio que aceptar esta conclusión, en vista del núm. 4.° del art. 460. El poseedor que quiera evitarlo, sea ó no el dueño, tiene un año, tiempo suficiente para recobrar su derecho. Por lo demás, deben tenerse presentes, en cuanto sean aplicables, las reglas referentes á la prescripción.

Falta una distinción justa entre bienes muebles é inmuebles, posesión de buena ó de mala fe. Véase, en cuanto á lo primero, el art. 464.

ARTÍCULO 461

La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero.

Creemos que el art. 461 pudiera haberse suprimido, porque su doctrina, si no dice más de lo que parece decir, es irremediable.

¿Qué quiere expresar? ¿Que las cosas muebles, aunque se extravien, si siguen bajo el poder del poseedor, no se pierden? Si esto es así, ¿cuándo llegará á haber cuestión que por este artículo pueda decidirse? Creemos que nunca.

Paseando A. en su jardín, pierde, sin notarlo, una cartera ó un pañuelo; revolviendo un cajón de ropa, se extravía una sortija; coloca unas llaves ó un legajo en una cómoda, ó un bolsillo en el hueco de un árbol, etc.; después echa de menos lo perdido, extraviado ó depositado, y por el momento (*accidentalmente*) ignora, no recuerda dónde se encuentra. Las cosas siguen en su poder, luego no ha perdido su posesión, es cierto, ni nadie ha de pensar en disputársela. El día que las encuentre vuelve á recogerlas. Hay aun

más que eso: B. acostumbra á pasear por un sitio retirado; dando con su bastón en una rama, salta el puño de plata de su bastón, y en vano lo busca un día y otro día. Se resigna con la pérdida, y algún tiempo después, encuentra el puño en un punto más ó menos lejano, por casualidad; tampoco ha perdido la posesión, lo diga ó no lo diga el art. 461, porque nadie se la ha negado, porque la cosa haya ó no estado bajo su poder, es lo cierto que no ha estado bajo el poder de otro.

Pero la sortija que perdió A. en el cajón de ropa, al desocupar éste, pasó desapercibida y con otros restos fué á parar á la basura y con ésta á la calle, de donde la recogió un tercero. Prescindamos del deber de dar cuenta del hallazgo, etc. ¿Perderá A. la posesión? Es claro, porque ya no está la cosa bajo su poder, sin que le sirva de nada su ignorancia accidental sobre su paradero. La cartera ó el pañuelo extraviados por el mismo A. en su jardín, fueron encontrados por su criado C., que, en vez de devolverlos, los guardó. Aquí si puede haber cuestión; pero el art. 461 no la resuelve, porque realmente la cosa dejó de estar bajo el poder de A., por lo que éste perdió su posesión. La cuestión la resuelve el art. 464 y el 1956. El puño del bastón de B. fué hallado por el guarda del paseo, quien busca ó no busca á su possedor, cuestión accidental, puesto que realmente la posesión fué perdida desde que se perdió el poder.

Esto quiere decir que en realidad la posesión de los bienes muebles no se pierde por el poseedor mientras la cosa no quede bajo el poder de un tercero, y vuelva al mismo que la tenía. Concretando ó limitando más aun que esto el alcance de esta verdad, el art. 461 sienta un hecho indudable, pero de escasa ó ninguna utilidad práctica.

Volviendo del revés el art. 461, y combinándole con el 464, pudiera decir lo siguiente: «La posesión de los bienes muebles se pierde en cuanto entran en poder de un tercero, contra el que sólo cabe la acción reivindicatoria.»

ARTÍCULO 462

La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida, ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción á lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

Engolfado el Código en las cuestiones relativas á la pérdida de la posesión, y recordando que la posesión de bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos es inscribible con arreglo á las prescripciones de la ley Hipotecaria, consigna en el art. 462 el imperio de esta ley en lo relativo á terceros. Pero consigna este principio de un modo incompleto, porque sólo se refiere á la pérdida y transmisión de la posesión para los efectos de la prescripción en perjuicio de terceros.

La exposición de motivos de la ley Hipotecaria de 1861, expresa que, por la inscripción no toma la posesión más importancia ni más valor que el que las leyes le atribuyen, ni se perjudica siquiera el verdadero propietario aunque no tenga inscrito su título, pues todos los derechos conservan su antigua naturaleza.

Pudiera creerse por estas palabras que para nada necesitábamos entrar en el terreno de la ley Hipotecaria, puesto que inscrita ó no inscrita la posesión, había siempre de regirse por los artículos 430 al 466, ó á lo más, que sólo era preciso, como especial, conocer las formalidades de la inscripción ó las reglas relativas á la titulación supletoria inventada para poder inscribir la posesión y presentar el poseedor un título más ó menos perfecto. Aun esto no es exacto, ya que habrá poseedores con título inscribible, y propietarios sin él. Sin embargo, hay ciertas reglas peculiares á la posesión inscrita, subsistentes en virtud del art. 462 ó del 608; y hay relaciones nacidas de la inscripción, que sin alterar la naturaleza de la posesión, alteran en este derecho, como en todos, los efectos en cuanto á tercero.

Para comentar el art. 462, bastaría trasladar el art. 77 de la ley Hipotecaria. «Las inscripciones, dice, no se extinguen en cuanto

á tercero sino por su cancelación ó por la inscripción de la transferencia del dominio ó derecho real inscrito á favor de otra persona.»

Respecto á tercero, por consiguiente, en vano es que la posesión inscrita se pierda con arreglo al derecho común, si no consta en el Registro la cancelación ó la inscripción de transferencia aludidas. A., cuya posesión está inscrita, transmite la finca á B. por documento privado: ha perdido su posesión con arreglo al núm. 2.° del art. 460; pero mientras la inscripción á su favor no se extinga, el tercero que inscriba bajo la garantia de esa subsistencia no puede ser perjudicado, y así lo confirma el art. 1473 del Código. Del mismo modo, A., que tiene inscrita su posesión, la pierde porque otro, B., se la arrebata; pero puede seguir gravándola ó transmitiéndola mientras su inscripción no se cancele, y el tercero que inscriba no será perjudicado por B., que en la cuestión de derecho debe ser vencido.

Luego si las relaciones entre las partes ó para con el dueño no se alteran aunque se inscriba la posesión, la inscripción no puede menos de ejercer influencia en las relaciones entre terceros.

La aplicación de estos principios á la prescripción no corresponde á este lugar, y será examinada al comentar el art. 1949 con todo lo relativo á esta materia según la ley Hipotecaria.

Pero no queremos limitarnos á estas indicaciones, que dejarían incompleto el estudio de la posesión, y no habiendo encontrado lugar más adecuado, examinaremos ahora ciertos principios generales relativos á la posesión inscrita, no sin recordar antes cuanto quedó expuesto en las ideas preliminares sobre si la posesión era ó no inscribible.



Tercero, con arreglo á las prescripciones de la ley Hipotecaria. —La ley Hipotecaria ha sido llamada, con razón, ley de tercería. Son dignas de atención las frases de la exposición de motivos de 1861, explicando las razones que movieron á la Comisión á separar las relaciones entre las partes de las relaciones con otras personas,

dejando subsistentes aquéllas con arreglo al derecho civil independientemente de toda inscripción, y sujetando á las prescripciones de la ley Hipotecaria las otras relaciones que afectan ó pueden interesar á distintas personas.

Estas distintas personas que pueden considerarse en general como terceros respecto de cada acto ó contrato, son separadas por la ley Hipotecaria en dos grupos: terceros para los efectos del derecho civil, y terceros para los efectos de la ley Hipotecaria. Mientras no exista título alguno inscrito, rige el derecho civil: nacen ó no los derechos reales con independencia de la inscripción, y los terceros son ó no perjudicados sin que en ello se mezcle la ley Hipotecaria. Desde que existe acto ó contrato inscrito, hay ya terceros para los efectos de dicha ley, y la inscripción determina preferencia y adquisición de derechos en su perjuicio.

En el espíritu de la ley se combinan, por lo tanto, dos elementos: 1.°, que exista un acto ó contrato inscrito; 2.°, que en ese acto ó contrato intervengan ó no como interesados determinadas personas. Los que intervienen, y sus herederos, puesto que continúan su personalidad, son partes, son interesados; los que no intervienen se llaman *terceros*. Pero, lo repetimos, la ley Hipotecaria sólo se ocupa de estos terceros cuando existe un acto ó contrato *inscrito* con relación al cual lo sean.

De aquí la definición del art. 27: «Para los efectos de esta ley, se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito.»

La ley tiende siempre á amparar los derechos inscritos, á favorecer al que inscribe, y por tanto, á que la inscripción verificada perjudique á los que no hubiesen inscrito. Por tanto, y como regla general, puede afirmarse que siempre que la ley habla de *perjuicio* de un tercero, ese tercero es el que define el art. 27, el que no ha inscrito ni intervenido en el acto ó contrato que se inscribió; y siempre que habla de *no poder ser perjudicado* un tercero, ese tercero es el que funda su derecho en un título inscrito.

Artículos 23 y 396 de la ley Hipotecaria.—Ahora bien: el principio capital, el alma de la ley Hipotecaria se encierra en su ar-

tículo 23: «Los títulos mencionados en los artículos 2.° y 5.°, que no esten inscritos en el Registro, no podrán perjudicar á tercero.»

Apliquemos las reglas antes expuestas. P. constituye un censo sobre una finca de su propiedad á favor de C., y después vende aquélla á B. Si C. inscribió, su título perjudica desde luego á B. Si C. no inscribió y B. sí, éste recibe la finca libre del censo que no se hizo constar al vender, porque el título no inscrito de C. no puede perjudicarle con arreglo al art. 23. Pero si B. tampoco inscribe, no hay base de aplicación: no hay tercero, porque no hay contrato inscrito, y rige el derecho común, con arreglo al cual, estando constituído sobre la finca un derecho real por el propietario anterior, ese derecho real ha de ser respetado por el comprador.

Mas si surge cuestión, ha de tenerse presente el art. 396, que copiamos á continuación: «Desde la publicación de la ley Hipotecaria no se admitirá en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, en los consejos y en las oficinas del Gobierno, ningún documento ó escritura de que no se haya tomado razón en el Registro de la propiedad, por el cual se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripción, según la misma ley, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo, en perjuicio de tercero, el derecho que debió ser inscrito.»

Para los efectos de este artículo se requieren diversas circunstancias, que pueden comprenderse en dos grupos. Uno, que hace relación á la naturaleza é inscripción del título, y otro, al objeto de su presentación.

Primer grupo.—1.° Ha de tratarse de un título inscribible por su naturaleza, un título por el cual se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen ó extingan derechos sujetos á inscripción. 2.° El acto no basta que sea inscribible por su naturaleza, sino que además ha de poder ser inscrito por razón del objeto sobre que recaiga, teniendo en cuenta que si recae en cosas indeterminadas ó en derechos inciertos, la inscripción no es posible. 3.° A pesar de reunirse las expresadas circunstancias, acto inscribible y bienes determinados, el documento no ha de hallarse registrado ni por sí

mismo, ni en virtud de otro que envuelva su inscripción, por ser equivalente ó servirle de confirmación.

Segundo grupo.—Los juzgados, tribunales, consejos y oficinas del Gobierno han de atender también al objeto de la presentación del título y en tal sentido no le admitirán: 1.º Cuando se presente como fundamento del derecho que debió inscribirse y no se inscribió, ya por una de las partes para exigir un derecho, ya por la parte contraria para impedir su realización. 2.º Cuando la cuestión tenga lugar entre personas que sean terceros entre sí. Por esto, si lo que se pide es la nulidad de un título que impide la inscripción del que se presenta, el documento será admisible aunque no se halle registrado.

Medios para inscribir la posesión. Posesión inscribible.—Vengamos ahora á la posesión.

Pueden señalarse como medios para justificar la posesión:

1.º El expediente de información posesoria instruído con arreglo á los arts 397 y siguientes de la ley Hipotecaria.

2.º El auto ó sentencia recaídos en un interdicto de adquirir. (Resoluciones de 9 de Junio de 1868, 30 de Noviembre de 1871 y 13 de Junio de 1893.)

3.º El medio establecido en los decretos de 21 de Julio de 1871 y 8 de Noviembre de 1875, sobre inscripción de censos y foros en cuanto no se oponga al Código civil.

4.º Respecto á la posesión de bienes por el Estado y corporaciones, las certificaciones á que se refiere el Real decreto de 11 de Noviembre de 1864.

Es inscribible la posesión de toda clase de inmuebles ó derechos reales sobre los mismos con exclusión de la hipoteca (véase la Resolución de 29 de Octubre de 1878); la posesión de más ó menos de un año, como lo prueban las disposiciones de la ley relativas al caso de ser la adquisición reciente; la posesión anterior ó posterior al año 1863. (Real decreto de 10 de Febrero de 1875.)

Pero es necesario que se carezca de título escrito de dominio, y se entiende que carece de él, para el efecto de inscribir la posesión, no sólo el que realmente no posea dicho título, sino también

el propietario que, teniéndolo, no pueda reclamar inmediatamente su inscripción por haberlo de traer de punto distante del lugar en que deba hacerla, ó por cualquier otra causa que le obligue á dilatar su presentación (art. 326 del reglamento). Sobre este particular pueden verse las Resoluciones de 12 de Marzo de 1864, 12 de Junio de 1865, 16 de Noviembre de 1882, 18 de Diciembre de 1885 y 31 de Mayo de 1893.

Efectos de las inscripciones de posesión.—Procuraremos prescindir de cuanto se refiere á la prescripción en cuanto sea posible.

1.º Según el art. 403 de la ley Hipotecaria, las inscripciones de posesión perjudicarán ó favorecerán á tercero desde su fecha, pero solamente en cuanto á los efectos que atribuyen las leyes á la mera posesión. Entre las partes, se añade después, surtirá efecto la posesión desde que deba producirlo conforme al derecho común.

Esta es la repetición del principio general que rige en materia de inscripciones; sólo se exige respecto á tercero; no se necesita respecto á las relaciones de las partes entre sí; pero así como inscrito el usufructo no deja de ser tal usufructo, así como la inscripción del dominio no añade ni quita nada á este derecho, del mismo modo al incribirse la posesión, sólo pueden hacerse valer los derechos que la posesión lleva consigo.

Por partes, entiende sin duda la ley, el poseedor ó serie de poseedores, y el dueño verdadero ó la serie de dueños, según se deduce del art. 35, por más que habiendo hablado de los efectos respecto al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, al añadir «entre las partes surtirá efecto», etc., parece que se trata de otras personas.

En cuanto á terceros, ó á los que tengan derechos reales distintos del dominio ó de la posesión sobre el mismo inmueble, la posesión ha de estar inscrita para que les perjudique.

En cuanto al verdadero propietario, se apoye ó no en un título inscrito, la posesión registrada ó no registrada produce idénticos efectos: los marcados en el derecho común. Por verdadero propietario debemos entender el que prueba serlo, el que sea declarado tal por los tribunales. Los que no puedan probar su dominio serán

vencidos, no precisamente por la inscripción de la posesión, sino porque el poseedor, inscriba ó no su derecho, se presume dueño mientras no se justifique lo contrario. Por la misma razón de que la inscripción no altera la naturaleza de la posesión, si un tercero adquiere ésta y posee por más de un año, puede obtener declaración de haber cesado la posesión anterior, con arreglo al núm. 4.º del art. 460 del Código civil, é inscribir después su derecho.

2.º Las inscripciones de posesión, como consecuencia de lo dicho, perjudican á todo el que no tenga sobre la finca mejor derecho que el poseedor que inscribió. Todos los asientos que arranquen del primero de posesión, son también de posesión, á menos que una sentencia firme declare que la prescripción convirtió aquel derecho en dominio, ó bien que se presente un título justificativo de la propiedad de la misma persona. Los derechos que se constituyen por el poseedor sobre la finca poseída, llevan consigo la amenaza de rescisión, si llegase el caso de promover el dueño la acción reivindicatoria y obtener por su mediación la nulidad de la inscripción posesoria. Resolución de 19 de Noviembre de 1885.

Los gravámenes constituídos por el poseedor é inscritos, desaparecen, por tanto, al registrar el dueño la sentencia que le confiere el dominio, á no ser el poseedor de mala fe, y tenerla buena los poseedores de derechos reales inscritos, en cuyo caso pueden éstos haber consolidado su derecho por prescripción, si bien ésta ha de ser declarada por los tribunales ó reconocida por el dueño.

3.º Inscrita la posesión, no pueden inscribirse títulos de dominio anteriores ó posteriores á la inscripción. Siendo la posesión la exterioridad del dominio, el que inscribe la posesión se presume dueño mientras no se pruebe lo contrario. Admitir al dueño verdadero la inscripción de su título, sin hallarse declarado su derecho por los tribunales, equivaldría á cancelar la inscripción á favor del poseedor sin contar con el consentimiento de éste, á privarle de su derecho sin ser oído ni vencido en juicio. Por eso el art. 17, una vez inscrita la posesión, impide que se inscriba cualquier otro título de fecha anterior por el cual se transmita ó grave la propiedad del mismo inmueble, y el art. 20 prohibe también la

de cualquier otro título de fecha posterior que no aparezca otorgado por el mismo poseedor ó sus representantes legales ó voluntarios.

Si el título que se pretende inscribir es de posesión, y existe otro asiento contradictorio de posesión ó de dominio, ha de ser oída la persona interesada en éste ó sus herederos en el expediente posesorio instruído á instancia del interesado en aquél. Con la conformidad de dicho poseedor ó herederos, se confirma el auto de aprobación y el expediente se inscribe. Si hay oposición en cuanto al derecho, ó en cuanto al hecho de la posesión, no se práctica inscripción hasta que los tribunales decidan la posesión preferente.

Véanse las Resoluciones de 13 de Junio de 1881, 30 de Enero de 1882, 17 de Diciembre de 1885, 24 de Junio y 16 de Octubre de 1886, 8 de Noviembre de 1887 y 5 de Junio de 1893.

4.° Con arreglo al art. 34, las inscripciones de posesión motivadas por un acto ó contrato nulo, no disfrutan de la excepción que dicho artículo contiene respecto al 33. El que tiene inscrita la posesión, transmite ó grava sólo la posesión, de modo que la nulidad de la primera inscripción trasciende á todas las inscripciones posteriores, que á su vez han de estimarse también nulas en cuanto contradigan el derecho fundado en título legítimo. Pero si la prescripción ha convalidado y asegurado el derecho inscrito, el art. 34 recobra su imperio, y al tercero que se apoya en título inscrito no pueden perjudicarle declaraciones de nulidad que no se funden en causas que consten explícitamente en el Registro ó en otro título anterior también inscrito.

Pero el art. 34 no exige determinadamente que conste en el Registro la declaración de haber prescrito el poseedor: le basta que la prescripción haya realmente convalidado y asegurado el derecho inscrito, conste ó no esta circunstancia en el Registro; así es que para determinar en qué casos ha de aplicarse el art. 33 y en qué otros el 34, hay que atender á si se ha adquirido ó no el dominio por la prescripción. Y como cada poseedor es una entidad distinta de la que le precede y la que le sigue, porque puede existir en unos la buena fe que en otros falta, ó concurrir circunstancias especia-

les y diferentes, aunque siempre bajo la base de que el poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción uniendo el suyo al de su causante, se deduce que puede no existir aún la prescripción respecto á un poseedor y sí respecto á otros, y por lo tanto, que la declaración de nulidad no siempre habrá de perjudicar á tercero.

Para que sea aplicable el art. 33 á las inscripciones de posesión, es preciso que el último poseedor no haya completado el tiempo necesario para prescribir, sin que baste, por lo tanto, que resulte probado que el título originario fué nulo, y aun que no había adquirido por prescripción alguno de los poseedores anteriores. Luego la declaración de nulidad por sí sola nada resuelve, aunque se trate de inscripciones posesorias; es necesario además que conste que la prescripción no ha convalidado y asegurado el derecho inscrito, y para ello que el último poseedor haya sido oído y vencido en juicio. Sólo entonces podrán cancelarse las inscripciones á favor de terceros, mediante la declaración de la nulidad del primer acto inscrito, por los tribunales.

Así lo confirman las sentencias de 25 de Junio de 1880, 15 de Diciembre de 1882 y 16 de Enero de 1883.

5.° El art. 42 de la ley de Presupuestos de 5 de Agosto de 1893, dice así:

«Las inscripciones de posesión de los bienes del Estado, no perjudicarán á éste, si los interesados no diesen previo conocimiento de ellas á la autoridad económica correspondiente.

»Los registradores de la propiedad no harán estas inscripciones sin la presentación del recibo de la notificación expedido por la autoridad competente.

»Se reputarán, no obstante, legítimos poseedores de estos bienes, y tendrán el derecho á que se les adjudique administrativamente, los que por sí propios ó por sus descendientes, ascendientes, cónyuges ó colaterales hasta el tercer grado, los hubiesen reducido á cultivo y cultivado normalmente con diez años de anterioridad á la fecha de esta ley sin ser interrumpidos en su posesión.»

Para llevar á efecto la disposición de este artículo, se dictó el

Real decreto de 26 de Agosto de 1893, rectificado en 1.° de Septiembre siguiente, cuyo art. 20, extralimitándose en su esfera de acción, hizo extensivo lo dispuesto en el párrafo 2.° á las informaciones de posesión de fincas que *linden por algún lado con otra del Estado.*

6.° Respecto al modo de contar el tiempo para la prescripción en la posesión inscrita, interrupciones en la posesión, y conversiones de inscripciones de posesión en inscripciones de dominio, veremos lo procedente al comentar el art. 1949 del Código civil.

ARTÍCULO 463

Los actos relativos á la posesión, ejecutados ó consentidos por el que posee una cosa ajena como mero tenedor para disfrutarla ó retenerla en cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño, á no ser que éste hubiese otorgado á aquél facultades expresas para ejecutarlos ó los ratificare con posterioridad.

Dentro de la doctrina de pérdida de la posesión, que es la que domina en los arts. 460 al 466, el 463 sólo parece significar que respecto á aquellas causas de extinción en que interviene la voluntad, esta voluntad se refiere exclusivamente al poseedor en concepto de dueño, y no á los que posean en cualquier otro concepto.

Pero el deseo de generalizar, tan frecuente en todo el capítulo, sin duda por la multiplicidad de relaciones que la posesión encierra, ha hecho que se hable en general de *actos relativos á la posesión*, lo cual comunica cierto tinte de ambigüedad al precepto, cuya dificultad se aumenta por hablar de actos del tenedor en *cualquier concepto*, y después de *dueño*, y no de poseedor en concepto de dueño, como parecía lo más propio en la materia.

El art. 432 dice que la posesión puede tenerse en uno de dos conceptos, en el de dueño, ó en el de mero tenedor de la cosa ó del derecho para conservarlos ó disfrutarlos. La copia de las mismas palabras en el 463 parece indicar, y así lo creemos, que se refiere á los segundos solamente; tanto más, cuanto que se habla de cosa

ajena, y ciertamente pueden poseer en varios conceptos, como usufructuarios, depositarios, censatarios, arrendatarios, etc. Pero al referirse después al dueño, se entiende el verdadero ó legítimo, cosa tampoco imposible, porque también hay meros tenedores en concepto de dueño, y la cosa que poseen es ajena, y el poseer en *cualquier concepto*, palabra en otro caso innecesaria, pudiera comprenderlos.

Dos soluciones tiene, pues, el problema que plantea el art. 463.

1.ª Los actos posesorios peculiares de la posesión en concepto de dueño, ejecutados ó consentidos por las personas que poseen en otro concepto cualquiera, ni obligan ni perjudican al poseedor en concepto de dueño, á no ser que éste los autorizase expresamente antes ó los ratificase después.

2.ª No obligan ni perjudican al dueño los actos de carácter posesorio ejecutados ó consentidos en detrimento de su derecho por el poseedor en cualquier concepto, á no ser que dicho dueño hubiese dado facultades expresas para ejecutarlos ó los ratificase con posterioridad.

De estas dos soluciones, la primera es sin duda la cierta, á pesar de referirse el artículo solamente al dueño, y de usar innecesariamente la frase *tenedor en cualquier concepto.* Lo que el artículo quiere, es que sólo el poseedor en concepto de dueño pueda abandonar la posesión de la cosa ó cederla á otro, ó gravar, ó dar permiso ó licencia para ciertos actos; en suma, que lo que sólo competa al dueño, sólo el poseedor en concepto de dueño pueda hacerlo, sin que quede obligado ni perjudicado por las concesiones hechas ó los actos ejecutados en detrimento de su derecho por los que posean la cosa en concepto distinto al de dueño. Pero como en la frase *actos relativos á la posesión*, entran muchos que pueden ser permitidos, y aun propios de estos últimos tenedores ó poseedores, claro es que dichos actos son perfectamente válidos y eficaces, aunque el poseedor en concepto de dueño no los autorice ni los ratifique. Verdad es que de ellos no ha de nacer ninguna obligación nueva, ni puede decirse exista perjuicio para dicho poseedor en concepto de dueño.

ARTÍCULO 464

La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble ó hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea. Si el poseedor de la cosa mueble perdida ó sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella. Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad, establecidos con autorización del Gobierno, obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos. En cuanto á las adquiridas en Bolsa, feria ó mercado, ó de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará á lo que dispone el Código de Comercio.

Amalgama de distintos preceptos, mezcla de diversas cuestiones, el art. 464 introduce novedades en nuestro derecho, no siempre inspiradas en el más puro criterio jurídico. Sin embargo, no es posible desconocer que entre todos sus preceptos existe un lazo de unidad de bastante importancia que justifica su reunión en un solo artículo. Se trata siempre del derecho á reivindicar ó reclamar, exponiendo las reglas aplicables según las circunstancias especiales que concurran.

El primer párrafo parece contener una regla con su excepción. La unión entre sus dos partes, y la palabra *sin embargo*, que encabeza la segunda, indican que no se trata de dos preceptos independientes, sino de uno solo aplicable á dos situaciones diferentes.

I.—La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título.

Las consecuencias que de tan breve regla se han deducido, son de tal importancia, que, á ser verdaderas, sería necesario borrar la doctrina de la prescripción respecto á los bienes muebles, y por tanto, el art. 1955 del Código, y aun el mismo 464 en su mayor parte. Veamos las cuestiones que se ofrecen.

1.ª ¿Se establece una presunción en la citada regla?—Podemos contestar que no. Hay posesión de bienes muebles, hay título desde luego. Esta es la regla general. Puede negarse la posesión ó la buena fe; pero, reconocidas, queda reconocido el título, porque así lo establece la ley. La posesión de los bienes muebles adquirida de bueña fe equivale al título. *A sensu contrario*, probada la mala fe, negado el supuesto, de nada sirve la consecuencia.

El justo título debe probarse, no se presume nunca, dice el artículo 1954. En los bienes muebles no se presume el título, se afirma que existe: el título es la posesión. Por esto dice el art. 1955: «El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe.» Esta es una de las principales aplicaciones del art. 464; ese poseedor para prescribir no necesita probar su título: existe puesto que posee.

Si así no se entendiese el precepto, sobraría como incluído en el art. 448. En efecto, todo poseedor en concepto de dueño tiene á su favor la presunción legal de que posee con justo título. Aquí se establece una presunción que puede desvanecerse por la prueba en contrario. Puesto que sobre bienes muebles se sienta aparte una regla más absoluta, debe suponerse que, respecto á ellos, no cabe prueba ni discusión, ó lo que es lo mismo, que no se trata de una simple é inútil repetición.

Partimos, pues, del supuesto de que la regla citada del art. 464 sienta un axioma, una verdad indiscutible, siquiera tenga sus excepciones.

2.ª ¿A qué posesión se refiere el art. 464?—Como de ordinario, el Código nos habla de posesión en general y de título en absolu-

to. Al ocuparse el artículo todo de la acción reivindicatoria y de la obligación de restituir, prueba que se refiere á la posesión en concepto de dueño, como el art. 448, y al título de dominio.

Ni vemos inconveniente en aplicar el precepto á toda posesión, siempre que el título supuesto sea el equivalente á la posesión de que se trate. La posesión en concepto de dueño de las cosas muebles equivale al título de dominio, la en concepto de usufructuario al título de usufructo, etc. El concepto habrá de regirse por los artículos 432 y 436; pero la posesión, en caso de duda, se presume en concepto de dueño mientras no se pruebe lo contrario. El usufructuario, por otra parte, es dueño del derecho de usufructo, etc. Luego debemos admitir que se trata de posesión en concepto de dueño del objeto respectivo, sea cosa ó derecho.

En la práctica, dice un distinguido comentarista, se produce alguna confusión; pero la cuestión, en su opinión, es clara. «Cuando un poseedor lo es en concepto distinto del de dueño, no se ejercita contra él la acción reivindicatoria, sino una acción personal, cuyo ejercicio no está prohibido ni por este artículo ni por ningún otro.» Esta opinión nada resuelve con relación á terceros adquirentes y á ellos ha de extenderse la solución. La acción personal sólo procede entre las partes ó sus herederos: no puede prosperar contra un tercero.

A. presta á B. su caballo. Para obtener la restitución le basta la acción personal nacida del comodato; pero B. vende á C. el caballo; contra C., que á nada quedó obligado con A., de nada sirve esa acción: sólo procede una acción real, la reivindicatoria ó la publiciana. ¿Posee C. en concepto de dueño? Su posesión equivale al título y á los tres años puede prescribir. B. dejó atado el caballo, y habiéndose escapado B. lo detuvo y se lo llevó: la consecuencia es la misma: Su posesión equivale al título de dominio hasta tanto que se demuestre su mala fe, pues no hay que olvidar que la buena fe se presume, y por lo tanto, que aparentemente toda posesión equivale á título.

Una viuda cede el arriendo de una finca á *algunos* de sus hijos y les deja el mobiliario que allí había sin hacer respecto á él pacto

alguno. Estos hijos renuevan más tarde el arrendamiento directamente á su nombre y continúan poseyendo los muebles.

Después de la muerte de la madre se suscitan dificultades entre los hijos acerca de estos muebles (Navarro Amandi). Aquí la posesión es en concepto de arriendo; no hay que hablar de buena ó de mala fe; esa posesión no equivale á título de dominio, equivale á título de arrendamiento; la cuestión puede nacer más bien del artículo 449. Sobre prueba en relación al concepto de posesión cuando haya duda, véase el comentario á los artículos 436 y 439.

3.ª ¿En qué sentido usa el art. 464 la palabra «título»?—Sólo puede usarlo en un sentido, en el de acto jurídico, no como documento ó título escrito: 1.° Porque el documento, como título, ha de ser expresivo del acto ó razón legal de la adquisición ó transmisión, de modo que si la ley quisiese decir que la posesión equivale al título escrito, tal afirmación envolvería la de que era equivalente á dicho acto. 2.° Porque si supusiéramos que el Código sólo dispensaba de la prueba de la existencia de un documento y nada más, y el poseedor tuviese que demostrar para prescribir el fundamento, la causa ó razón de su adquisición, el art. 464 no le favorecería realmente, puesto que á su contrario nada le importa que se dé por supuesto el documento, si lo que en él puede haber de esencial y cuanto pudiera perjudicarle, se permite que se desvanezca por la prueba en contrario. 3.° Porque en la transmisión de bienes muebles no interviene casi nunca título escrito, por lo cual la ley vendría á suponer un hecho contrario á la realidad é innecesario, puesto que el consentimiento y la tradición bastan siempre, y el documento importa poco que exista ó no exista, se presuma ó no se presuma. Como no es lo normal que se indague la procedencia de los bienes muebles cuando se transmiten, la ley supone que existe un título justo, verdadero y válido, mientras no se pruebe la mala fe, y salvo las excepciones del art. 464.

4.ª ¿Se establece, respecto á los bienes muebles, una prescripción instantánea? ¿Se niega al dueño la facultad de reivindicar?—No faltan sostenedores de esta opinión; pero estamos muy lejos de ad-

mitirla, por más que, bien analizado el precepto del Código y sus excepciones, á eso viene á quedar reducido.

La posesión equivale al título. Nada más que esto dice el precepto que examinamos.

¿Es que á su vez el título, el justo título, si así se quiere, equivale al dominio? Nada más distante de la realidad. Se trata de posesión y nada más.

El poseedor de un *inmueble* es demandado de reivindicación á los dos años de poseer. Si la existencia de un justo título, con la buena fe, confiriese á ese poseedor el dominio, le bastaría probarlo. Sin embargo, lo prueba, y de nada le sirve si no lleva diez años de posesión, porque adquirió de quien no era dueño. La situación del poseedor de bienes *muebles* es la misma, sin prueba alguna, porque el justo título lo da por existente y probado la ley en el mero hecho de poseer; pero es poseedor, no dueño, y necesita poseer por tres años para adquirir el dominio, si adquirió también de quien no era dueño.

El alcance del artículo, en su regla general, no puede ser más que ése, porque nada más que eso dice la ley. Si, pues, el poseedor de buena fe de bienes muebles necesita tres años para prescribir, el dueño, con arreglo al art. 1955 y al 1962, tiene los mismos tres años para reivindicar. Podrá haber prescripción instantánea de *posesión,* mas no de *dominio.* La ley concede el título, mas no afirma por ello que exista también *modo de adquirir.* Aunque la cosa parezca rara, al art. 433, como al 1950, le basta la ignorancia fundada en el modo de adquirir.

Se beneficia, sin embargo, mucho al poseedor, porque al entablar el dueño la acción reivindicatoria, no puede desvirtuar el derecho del poseedor, ni mediante la prueba de la inexistencia en éste de título, ni mediante la demostración de tenerlo él. Tratándose, pues, de bienes inmuebles, si el poseedor carece de título, no puede prescribir por el término ordinario. Si los bienes son muebles, bastan tres años, aunque realmente no exista título, si no se prueba la mala fe. Como veremos en las excepciones, al dueño toca probar la falta del modo de adquirir. Si no puede probar esto, ni,

por tanto, la mala fe que, en su caso, será posible, habrá prescripción instantánea de dominio, ó mejor, adquisición de dominio por falta de prueba en contrario, ni más ni menos que si se tratase de bienes inmuebles, y no pudiera probarse la falta de título ni de modo de adquirir.

II.—Cosas muebles perdidas ó de que el dueño hubiese sido privado ilegalmente.

«*Sin embargo,* añade el primer párrafo del art. 464, el que hubiese perdido una cosa mueble, ó hubiese sido privado de ella *ilegalmente,* podrá reivindicarla de quien la posea», «acreditándolo en forma», añadía la primera edición del Código.

Si sólo en estos casos puede reivindicarse la cosa mueble de quien la posea, es evidente que en todos los demás la reivindicación no es posible, ó lo que es lo mismo, el dominio se adquiere inmediatamente. La deducción no puede ser más lógica. Veamos el alcance del precepto antes de suponer que hemos demostrado alguna cosa extraordinaria.

Para que proceda la reivindicación, se exige ó que la cosa mueble se hubiese perdido, ó que hubiera sido privado de ella ilegalmente el poseedor.

El primer caso es sencillo. El segundo requiere alguna explicación.

Es la propiedad el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Solamente el dueño verdadero ó el poseedor en concepto de dueño, mientras lo sea, pueden disponer legalmente de la cosa, ya por sí mismos, ya por medio de sus representantes legales ó voluntarios. Toda disposición por otro es ilegal, y equivale á privar de la cosa al propietario.

Podrá objetarse que en tal caso era innecesario hablar de privación ilegal, bastando decir privación; porque ¿hay acaso privaciones legales? Las hay, ciertamente. Legalmente es privado de su propiedad aquel á quien en juicio civil ó criminal se condena á la

pérdida de lo que posee, aquel á quien se embargan bienes que luego se venden ó adjudican por las autoridades judiciales ó administrativas, aquel á quien se expropia un terreno ó se impone una servidumbre por causa de utilidad pública, etc. Por consiguiente, en la frase «haber sido privado de la cosa ilegalmente» entra todo acto que, constituyendo delito ó falta, arrebate al dueño lo que le pertenece; todo acto de ocupación de la cosa contra la voluntad de su poseedor, sea empleando la violencia, la astucia ó el engaño, aunque no constituya falta ni delito, y se verifique en la creencia verdadera ó falsa de tener algún derecho sobre lo ocupado; todo acto de disposición de la cosa llevado á efecto por quien no sea dueño ó poseedor en concepto de dueño de ella ó del derecho de que se dispone, ó sin cumplir en su caso las formalidades legales; toda privación ilegal verificada por cualquier autoridad ó por su mandato.

Ahora bien: ¿cuándo puede ejercitarse el derecho de reivindicar, con arreglo al art. 464? Siempre que haga falta ó se necesite emplear esa acción contra tercero. ¿Cuándo no puede ejercitarse? Cuando el tercero ha adquirido el dominio, cuando la transmisión ha sido legal, como hecha por el mismo dueño, por sus representantes legítimos ó por la autoridad competente, previas las formalidades y trámites correspondientes. ¿Cuándo, aunque se ejercite, no será eficaz, y habrá lo que ha dado en llamarse prescripción instantánea? Cuando el dueño no pueda probar la pérdida ó la privación ilegal; en suma, la falta de modo de adquirir. Un administrador, un depositario, venden la cosa que administran ó tienen en depósito, ¿cabe contra el tercero la acción reivindicatoria? Indudablemente, porque el dueño ha sido privado de ella de un modo ilegal. Si en todos los casos en que puede ser necesaria la acción la concede la ley, ¿sobra su precepto como contenido en el art. 348? No, porque se trata de una aclaración, respecto al ejercicio de la acción, cuando persigue bienes muebles.

¿Qué quiere, pues, decir que la posesión de los bienes muebles equivale al título? Deducir que cuando el adquirente adquiere el dominio hay prescripción instantánea, sería absurdo, porque el que

es dueño no necesita prescribir; de nada sirve tal afirmación, ni nada resuelve. Cuando haya pérdida ó privación ilegal, el tercero sólo adquiere posesión y necesita prescribir: el dueño puede entablar la acción reivindicatoria, pero ha de probar el extravío ó la privación. El tercero prescribirá por el término ordinario ó por el extraordinario, según que se pruebe ó no su mala fe; siempre, empero, su posesión equivale al título.

¿Qué se deduce, por lo tanto, de la primera parte del art. 464? Nosotros deducimos lo siguiente: *Bienes inmuebles*. El dueño reivindica de un tercero; prueba su dominio presentando sus títulos y los de sus antecesores, y *obtiene* la restitución, si el poseedor carece de título ó de modo de adquirir. *Bienes muebles*. El dueño reivindica de un tercero; aunque presente sus títulos y los de sus antecesores *no obtiene* la restitución, porque la posesión del tercero equivale al justo título, verdadero y válido; el dueño necesita probar algo más: el extravío ó la privación ilegal, y en su caso la mala fe. Por esto, en la primera edición del Código se añadió, y no estaba de más, aunque deba suponerse, «podrá reivindicarla de quien la posea, *acreditándolo en forma*».

Ejemplos: A. vende verbalmente y sin testigos á B. una finca y á C. un caballo. Los compradores, confiados en la buena fe del vendedor, pagan el precio y se posesionan del objeto. Después A., con mala fe, demanda á B. y á C., pretendiendo que le han despojado de los objetos que vendió. Prueba el dominio de la finca y se le restituye; prueba el dominio del caballo con los mismos títulos y no debe restituírsele. Se presume la adquisición legal por C., mientras A. no pruebe que su caballo se perdió ó que fué privado de él ilegalmente. En tal sentido, y sin esta prueba, es como puede decirse que existe una prescripción instantánea, que reclama ó exige la excesiva movilidad de los bienes muebles, la carencia de formalidades en su transmisión, y lo anómalo que resulta que se entregue al adquirente título, aun en el caso de que exista, porque en las pocas veces que esto ocurre, el título contiene fincas ú otros diversos objetos que no se transmiten. Las cosas muebles son, además, más fácilmente sustituíbles. Una prueba del distinto criterio

del legislador en relación á los bienes muebles, es el art. 976, según el cual, las enajenaciones hechas por el binubo subsisten, respondiendo á los hijos del primer matrimonio solamente de su valor ó precio, lo que no ocurre respecto á los inmuebles.

Más que excepción, el segundo párrafo del primer apartado del art. 464 es una confirmación de la regla contenida en el párrafo primero.

Ahora bien: ¿qué duración tendrá la acción reivindicatoria.

1.º En caso de pérdida ó extravío.—Si el que encuentre la cosa mueble extraviada cumple las formalidades prevenidas en el artículo 615, á los dos años pierde el dueño el derecho de reclamarlas, en virtud de prescripción especial contenida en dicho artículo y respetada por el 1938. Si las formalidades establecidas no se cumplen, probado el extravío, el poseedor carece de buena fe, su posesión no equivale á título, el dueño tiene seis años para reclamar (arts. 1955, párrafo segundo, y 1962).

Si la cosa extraviada pasa á un *tercero*, la posesión de éste equivale al título, por lo que, á menos, de probarse su mala fe, prescribe á los tres años desde su adquisición (párrafo primero del artículo 1955). Basta pensar en que la buena fe es una cualidad puramente subjetiva, y por tanto, no transmisible ni aun por herencia, y que, aun probado el extravío, no por eso queda probada la mala fe del tercer adquirente, y menos tratándose de cosas muebles.

2.º En caso de privación ilegal.—Respecto á las cosas muebles hurtadas ó robadas rige el art. 1956.

En los casos en que esas mismas cosas ú otras cualesquiera de que el dueño hubiese sido privado ilegalmente, pasen á un tercero, el dueño tendrá tres ó seis años para reivindicar, según que se pruebe ó no la mala fe del adquirente, pues si no se prueba, su posesión equivale á título.

Decir que en todo caso la acción dura seis años, que el vicio es transmisible á tercero, que la adquisición privada envuelve ocultación y mala fe, es desconocer toda la teoría posesoria, declarar transmisible sin prueba la mala fe, y hacer de peor condición á los

poseedores de bienes muebles contra el espíritu de los artículos 464 y 1955. El que la adquisición sea ó no en venta pública, tiene otro efecto bien marcado en el apartado siguiente del mismo artículo, como vamos á examinar.

III.—De las cosas muebles sustraídas ó extraviadas y adquiridas de buena fe en venta pública

El adquirente de dichas cosas en *venta pública* obtiene de la ley un privilegio. El dueño no deja de poder reivindicar; pero no consigue la restitución de la cosa si no reembolsa el precio dado por ella. El Código tiene sin duda en cuenta que la publicidad del acto de enajenación hace verosímil que el dueño se entere, porque siendo cuidadoso de sus intereses, y constándole el extravío ó la privación ilegal, ha debido indagar y adquirir al menos la sospecha de que sea lo suyo lo que se enajena, tratando de impedirlo. Con esta misma confianza en la publicidad adquiere el tercero, y la ley no quiere igualarle con los demás adquirentes. Perderá la cosa, pero no el precio entregado.

Dura es la situación del propietario, quien tendrá que abonar el valor de la cosa para recobrarla, quedándole sólo acción personal para reintegrarse contra el que la encontró ó enajenó. Si pudiese probar la mala fe del adquirente, no tendría que devolver el precio, pues el privilegio sólo se concede á la buena fe.

Habla el art. 464 de venta pública; pero creemos impropia é inadecuada la frase: 1.°, porque no se ve la precisión de que se trate de una venta siempre que el acto de enajenación sea público; 2.°, porque esa publicidad puede entenderse de varios modos.

Tanto porque, concediéndose un privilegio, debe interpretarse la ley restrictivamente, como porque el fundamento de la disposición no puede ser otro sino el de que intervengan medios especiales de publicidad que sirvan de garantía al adquirente y hagan verosímil que el acto ha llegado á conocimiento del dueño, estimamos que el Código no ha pensado en que se otorgue ó no documento ó escritura, sino que alude á la formalidad de la subasta, previos los anuncios ó edictos que tal medio supone.

Entendiéndolo así, realmente casi siempre se tratará de una venta; pero si, por no haber postores, obtuviere la adjudicación un acreedor, el acto, no por dejar de ser venta, dejará de ser público. La razón es la misma; pero al hablarse sólo de *venta* y de *precio*, no sabemos si la jurisprudencia aceptará la interpretación que creemos más acertada.

Como ventas públicas, á los efectos del art. 464, comprenderemos, por lo tanto:

1.° Las subastas voluntarias extrajudiciales, y lo mismo las necesarias ordenadas en casos especiales por la ley. Véanse los artículos 272, sobre bienes de menores é incapacitados; el 903, sobre bienes de menores, ausentes, etc., vendidos por albacea; el 1062, sobre cosas hereditarias indivisibles; el 1872, sobre venta del objeto dado en prenda, etc.

2.° Las subastas voluntarias judiciales (artículos 2048 á 2055 de la ley de Enjuiciamiento civil).

3.° Las subastas judiciales exigidas en los juicios de testamentaría ó abintestato, concursos de acreedores, quiebras, procedimiento de apremio en juicio ejecutivo, ejecución de sentencias, etc.

4.° Las subastas administrativas sobre bienes de los deudores por contribuciones, rentas, créditos á favor del Estado, etc.

En todos estos casos, cabe que lo enajenado no fuese de la pertenencia de la persona en cuyo nombre se hace la enajenación, y cabe que un tercero adquiera de buena fe en venta pública.

IV.—Cosas empeñadas en los montes de piedad establecidos con autorización del gobierno.

En el tercer apartado del art. 464, la razón del precepto es distinta, y su justicia muy discutible. El dueño no puede obtener la restitución de las cosas empeñadas en dichos Montes de Piedad, *cualquiera que sea la persona que las hubiese empeñado*, sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

Pretendese justificar esta excepción por las condiciones espe-

ciales en que tales préstamos se realizan, no indagándose el origen de la cosa empeñada por merecidos respetos al rubor de la desgracia, y hasta se indica que constituye un sacrificio exigido al individuo en interés social. Debe añadirse que este interés social y aquel respeto á la desgracia, sólo merece amparo de la ley cuando se trata de los Montes de Piedad autorizados por el Gobierno.

De este modo no es dudoso que lo que se concede es un privilegio verdadero. Creemos que dichos establecimientos son dignos de toda protección y que está justificada toda tendencia á favorecerlos, procurando la desaparición ó el alejamiento de las llamadas casas de préstamos, que, salvo honrosas excepciones, explotan la miseria y la desgracia. Pero no es terreno apropiado para desenvolver tales principios el que ha escogido el Código. Los Montes de Piedad se convertirán en depósito de robos y servirán para encubrir delitos á los delincuentes. El propietario, indefenso, queda obligado, sin culpa, ni abandono, ni negligencia, á perder lo suyo ó á pagarlo de nuevo. El rubor de la desgracia no pesa tanto. Vale más rodear de garantías la admisión de la prenda, que sacrificar al propietario, no en interés social, sino en aras de un ladrón.

En estas ideas se inspiró la Real orden de 4 de Marzo de 1872; pero no siempre ha sido uniforme el criterio del legislador, y el artículo 464 viene á repetir en esta parte la doctrina del art. 26 del Real decreto de 13 de Julio de 1880, aprobando los estatutos del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid.

La disposición del Código obliga al propietario celoso de sus intereses á pasar inmediatamente al Monte ó Montes de Piedad una nota expresiva de lo que haya sido perdido ó sustraído, por si es tiempo de impedir el préstamo que pueda intentarse, y como única garantía para evitar perjuicios posteriores. Dichos establecimientos, por su parte, aun sin dicha nota, y con arreglo á la citada Real orden, deben anotar en libros los objetos cuyo extravío ó robo les conste, y cumplir cuanto en la misma se ordenaba.

Véanse sobre Montes de Piedad la ley de 29 de Junio de 1880, los Reales decretos de 29 de Junio de 1853, 23 de Enero de 1873, 13 de Julio de 1880 y 18 de Octubre de 1888, decretos de 23 de

Diciembre de 1868, 25 de Mayo de 1869 y 5 de Abril y 17 de Julio de 1873, y las Reales órdenes de 4 de Marzo de 1872, 23 de Enero de 1873, 30 de Marzo de 1885 y 11 de Diciembre de 1891.

V.—Cosas adquiridas en bolsa, feria ó mercado, ó de comerciante legalmente establecido.

Se respeta en este punto lo dispuesto en el Código de Comercio, por lo que nos limitaremos á transcribir los artículos que más interesa conocer.

Ferias y mercados.—Los contratos de compraventa celebrados en feria, podrán ser al contado ó á plazos. Los primeros habrán de cumplirse en el mismo día de su celebración, ó á lo más, en las veinticuatro horas siguientes. Pasadas éstas sin que ninguno de los contratantes haya reclamado su cumplimiento, se considerarán nulos, y los gajes, señal ó arras que mediaren, quedarán á favor del que los hubiere recibido (art. 83).

Comerciante.—La compra de mercaderías en almacenes ó tiendas abiertas al público, causará prescripción de derecho á favor del comprador, respecto de las mercaderías adquiridas, quedando á salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos, para ejercitar las acciones civiles ó criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente (art. 85).

Para los efectos de esta prescripción, se reputarán almacenes ó tiendas abiertas al público:

1.° Los que establezcan los comerciantes inscritos.

2.° Los que establezcan los comerciantes no inscritos, siempre que los almacenes ó tiendas permanezcan abiertos al público por espacio de ocho días consecutivos, ó se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras ó títulos en el local mismo, ó por avisos repartidos al público ó insertos en los diarios de la localidad.

La moneda en que se verifique el pago de las mercaderías compradas al contado en las tiendas ó establecimientos públicos, no será reivindicable (art. 86).

Bolsa.—Según el art. 545, los efectos al portador, que no sean

á la orden, bien de los enumerados en el art. 68, ó bien billetes de banco, acciones ú obligaciones de otros bancos, compañías de crédito territorial, agrícola ó mobiliario, de compañías de ferrocarriles, de obras públicas, industriales, comerciales, ó de cualquier otra clase, emitidas conforme á las leyes y disposiciones del Código de Comercio, producirán los efectos siguientes....: «3.° No estarán sujetos á reivindicación si hubiesen sido negociados en bolsa con intervención de agente colegiado, y donde no lo hubiese, con intervención de notario público ó corredor de comercio. Quedarán á salvo los derechos y acciones del legítimo propietario, contra el vendedor ú otras personas responsables, según las leyes, por los actos que le hayan privado de la posesión y dominio de los efectos vendidos.»

Sobre robo, hurto ó extravío de documentos de crédito y efectos al portador, nos ocuparemos en otro lugar (arts. 1956 ó 1962). Véanse en el Código de Comercio los arts. 547 al 566, y las Reales órdenes de 19 de Febrero y 26 de Julio de 1889, éstas sobre títulos de la deuda pública.

Sobre efectos cotizables en garantía de préstamos mercantiles, el art. 324 del repetido Código de Comercio establece un precepto análogo al del art. 545 que queda transcrito.

ARTÍCULO 465

Los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados ó amansados se asimilan á los mansos ó domésticos, si conservan la costumbre de volver á la casa del poseedor.

Son animales fieros, bravíos ó salvajes, bien sean terrestres, volátiles ó acuáticos, los que vagan libremente por instinto y sólo por la fuerza se someten al poder del hombre.

Son animales domesticados ó amansados, los que, siendo por su naturaleza fieros ó salvajes, se ocupan, reducen y acostumbran por el hombre.

Son animales mansos ó domésticos, los que nacen y se crían

bajo el poder del hombre, careciendo del instinto de vagar libremente.

Pueden verse los arts. 1.º al 6.º de la ley de Caza de 10 de Enero de 1879; la ley 17, tít. 4.º, libro 3.º del Fuero real, y leyes 17, 19 y 21 á 24 del tít. 28 de la Partida 3.ª

El art. 465 se ocupa de la pérdida de la posesión de los animales fieros y de los amansados, no refiriéndose á la de los domésticos, porque siguen las reglas generales á los bienes muebles. La singularidad del precepto, sólo alcanza á aquéllos por su naturaleza especial. No es dudosa la facultad de reivindicar que compete al dueño, contra todo tenedor ó poseedor respecto á los animales mansos ó domésticos, así como el derecho de perseguir su hurto, robo, etc.

Pero el precepto del art. 465 sólo se explica por la omisión padecida en el Código respecto á los modos de perder el dominio, porque realmente este artículo, al hablar de posesión, se refiere sólo al derecho de poseer en el propietario, con la circunstancia agravante de que, al perderse la posesión, se pierde también el dominio.

I.—Animales fieros.—Son los animales fieros cosas *nullius*, cuya propiedad se adquiere por la ocupación; pero, á diferencia de otras cosas de igual clase, no se convierten en bienes de propiedad privada. Puede decirse que son inapropiables por su esencia; cabe la sujeción á nuestro poder, una relación de fuerza, más ó menos transitoria, quizás no mal calificada de posesión; pero relación en pugna con el objeto que tiende naturalmente á la libertad. De aquí que cuando el animal recobra su independencia, cuando cesa el poder material, la esclavitud impuesta por el hombre, ese poder, llámese propiedad ó posesión, desaparece. Los animales fieros, como dice el art. 465, sólo se poseen mientras se hallan en nuestro poder.

En el período de subsistencia de esa forzada relación, los animales fieros pueden transmitirse, y no es dudoso el derecho del dueño sobre las crías.

Ahora bien: por descuido ó cualquier otra causa, un animal fiero recobra su libertad, ¿pierde el propietario su derecho en el

acto ó subsiste mientras conserve la posibilidad inmediata ó mediata de ejercitar sobre los mismos la acción de su voluntad? O lo que es lo mismo, aunque el animal se halle libre, ¿tendrá el dueño derecho sobre él mientras lo persiga ó mientras esté en terreno propio?

Según la ley 19, tít. 28, Partida 3.ª, «pierden los omes el señorío que auian ganado en las aues é en las bestias salvajes, é en los pescados, luego que salen de su poder é tornan al primer estado en que eran antes que las prissiesen, é aun pierden el señorío cuando fuyen, é se las aluengan tanto que las non pueden ver, ó que las vean estando ellos tan alongados dellas que á duro las podrían prender».

Vigente hoy la ley de Caza de 1879, con arreglo á la misma y al art. 465 que nos ocupa, no podemos aceptar por completo la solución de las Partidas. La relación del propietario con los animales salvajes es una relación de poder y de fuerza; desde el momento en que falta la completa sumisión del objeto, desde que cesa el poder de hecho, la relación se extingue, el animal recobra su libertad, y como cosa *nullius,* sólo por la ocupación (la caza ó la pesca) puede volver á adquirirse. Este principio, que con relación á las aves es inevitable, es igualmente cierto aunque se aplique á los animales terrestres. Si el terreno está cercado, el animal no puede escapar, ni un tercero cazar en él, el dueño anterior podrá readquirir ó cazar el animal más fácilmente, pero hasta que lo consiga no vuelve á su poder. Si en terreno abierto huye la res y un tercero la caza, éste es el ocupante; si se trata de caza mayor (artículo 38), el dueño, que solo ó con sus perros la persiga, tiene derecho á ella después de herirla; si persiguiéndola y sin herirla, un tercero la matase, éste tendrá igual derecho que el perseguidor, y si el tercero, sin matarla, la coge, tampoco creemos que deba restituirla. En suma, el animal de esclavo se convierte en libre, de cosa apropiada pasa á ser cosa *nullius;* el que fué dueño deja de serlo sin privilegio alguno por su derecho perdido y con igual facultad que cualquiera otro para volver á ocupar, cazar ó adquirir.

La libertad existe desde que el animal rompe las trabas que le

sujetaban, aunque otros obstáculos limiten su natural independencia. El león que recorre una calle, ó un parque, ó una finca, es tan libre cuando se escapa de su jaula, como cuando por cualquier peligro huye de su selva y su guarida.

El art. 612 del Código establece sobre las abejas una excepción, que confirma la regla general contraria. El propietario de un enjambre de abejas tiene derecho á perseguirlo; pero cuando no lo haga ó cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, puede ocuparlo un tercero.

II.—Animales amansados.—Los animales domesticados se asimilan á los mansos si conservan la costumbre de volver á casa del poseedor. Si pierden esta costumbre, se hacen libres y se pierde su posesión por el poseedor. ¿Se convierten en cosas *nullius?* Perdida la costumbre, sí; antes, no. Si el animal no vuelve más, perdiendo el hábito, no hay duda de la pérdida; si sólo hubo interrupción y reanuda su costumbre, no se pierde la posesión. Si un tercero, viéndole en libertad, lo aprehende, rige el art. 612, párrafo tercero: «El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días á contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado.»

La ley, por consiguiente, estima que los animales domesticados se hallan en condiciones especiales, por lo que no les son aplicables las reglas relativas á los animales fieros, ni las de los animales mansos. El propietario no pierde su derecho sólo porque deje de existir su poder sobre ellos; pero tampoco puede reivindicarlos por el término de tres ó seis años. Tiene veinte días para reclamar. Esto prueba que la ocupación de un animal amansado no se considera ilegal. La ley no distingue, por lo que debe presumirse que el dueño no pierde su derecho á los animales amansados hasta veinte días después de su ocupación por otro, ya esta ocupación hubiera tenido efecto antes ó después de perder la costumbre de ir y volver á la casa del poseedor. Esto no obsta á que si se prueba la intención del ocupante de apropiarse lo ajeno, ó la violencia en las personas ó en las cosas para arrebatarlos; si el acto, en fin,

constituye delito, pueda ejercitarse la acción criminal con todas sus consecuencias.

Hay algo de oposición entre el art. 465 y el 612 en esta materia. Si los animales amansados se asimilan á los mansos mientras conservan la costumbre de volver á la casa del poseedor, al ser ocupados por un tercero sin haber perdido esa costumbre, el dueño debiera poder reclamarlos con la misma amplitud que á los animales domésticos. Pero, por otra parte, si al ocuparlos el tercero habían perdido ya tal costumbre, eran verdaderamente animales libres, y el tercero debiera en el acto hacerlos suyos. Ante esta dificultad, hay que aplicar en todo caso el art. 612, y realmente, por la ocupación, el animal, aunque sin su voluntad, ha perdido la costumbre de ir y volver, y al dueño anterior se conceden veinte días para protestar contra esa intrusión de un tercero.

Sobre palomas, conejos y peces, véase el art. 613.

Agradable nos sería extendernos en estas materias, después de las muchas y tan áridas en que hemos tenido que entrar; pero los límites de esta obra no lo consienten, ni debemos invadir el terreno propio de la ocupación.

ARTÍCULO 466

El que recupera, conforme á derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción.

La doctrina de este artículo constituye una última presunción defensiva en favor del poseedor. Esta presunción, en el caso especial á que se aplica, es esencialmente distinta de la del art. 459. Consta que no se ha poseído durante cierto tiempo, y no podría presumirse lo contrario en virtud del art. 459; pero atendiendo á lo indebido de la pérdida ó interrupción, y á que con arreglo á derecho se ha recuperado la posesión, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en beneficio del poseedor, que ha poseído sin interrupción.

Este artículo es aplicable lo mismo á la posesión de buena que de mala fe, pero sólo en cuanto pueda redundar en su beneficio. De modo que el poseedor de mala fe no estará obligado á devolver ó restituir los frutos que no percibió durante el tiempo en que estuvo privado del disfrute, porque esto, lejos de beneficiarle, le perjudicaría, á no ser que por la reclamación se hubiera reintegrado de esos frutos ó de su importe.

Hace relación el art. 466 principalmente á la prescripción, donde tendremos ocasión de aplicarle.

Véanse también los artículos 1944 y 1946.

Dicho se está que los actos de violencia, clandestinidad ó mera tolerancia no afectan á la posesión. Recuperar con arreglo á derecho se entiende mediante el ejercicio de los interdictos ó de la acción publiciana, ó acudiendo á la autoridad competente en casos especiales en que fuere aplicable el art. 441.

TITULO VI

DEL USUFRUCTO, DEL USO Y DE LA HABITACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

Del usufructo.

IDEAS GENERALES

Después del dominio y de la posesión, se ocupa el Código del usufructo, el uso y la habitación, modificaciones ó limitaciones de la propiedad. Después de estudiar unidas las facultades de disponer y de gozar, las estudia separadas, pero separadas temporalmente.

El usufructo, derecho principal, del que á su vez son sólo modificaciones el uso y la habitación, lleva consigo la idea del disfrute ó goce de las cosas. Pero el derecho de gozar en absoluto sólo corresponde al propietario, y como el que tiene un derecho puede disponer de él, no es rara, antes al contrario, es una consecuencia del derecho de propiedad, la existencia de la facultad de gozar en una persona distinta del propietario. La distinción entre el derecho de gozar y el de disponer, el poder de libre aprovechamiento y de libre disposición, de que parece partir nuestro Código, no resulta en la práctica muy evidente, porque así como el aprovechamiento viene á ser una forma de disposición, la disposición viene á ser un medio de aprovechamiento; el goce ha de llevar consigo la disposición en cuanto á ese goce por el tiempo en que subsista, y á su vez la disposición suele unirse á cierto precio, canon, renta ó equiva-

lente utilizable; por último, el abuso y la transformación de las cosas, lo mismo pueden considerarse medios de disponer que medios de gozar.

Como observa el ilustre abogado Giacomo Veneziam en una obra que acaba de publicarse en Nápoles (1), la posibilidad de sacar de una cosa toda la utilidad posible forma el derecho de propiedad. Este derecho es compatible con la existencia de otro que atribuya á persona diversa del propietario la posibilidad de sacar de la cosa alguna utilidad; y de aquí, en opinión de dicho autor, nacen tres instituciones diversas. Puede el propietario desprenderse en absoluto de la facultad que le corresponde, reservándose una utilidad correlativa: el derecho á percibir un canon *(censo enfitéutico*, tal como se constituía primitivamente). Puede constituir sobre la cosa un derecho limitado á una de las varias utilidades que es susceptible de producir, pero también con carácter absoluto ó perpetuo *(servidumbre)*. Puede, por último, conceder toda la utilidad de la cosa (ó una parte de ella) durante cierto tiempo, después del cual ha de volver al propietario, y esta última forma constituye el *usufructo*. La temporalidad ó limitación en cuanto al tiempo, es, pues, lo que en el usufructo hace compatible el derecho del dueño con el derecho del usufructuario.

Mas para que proceda en esta forma la concesión del disfrute, añade el mismo autor, es necesario que recaiga en cosas susceptibles de prestar utilidad en varias ocasiones *(beni de utilita ripetuta)*. En aquellas otras que sólo pueden ser útiles una vez por extinguirse mediante su uso *(beni de utilita simplice)*, el usufructo sólo puede sostenerse mediante una ficción. Para que el aprovechamiento presente sea compatible con el que ha de venir, ya que la cosa misma no ofrezca repetición de utilidad, es necesario que pueda sustituirse por otra. De este modo, si no puede disfrutarse en

(1) Parte 5.ª, volumen 1.º, dedicado al usufructo, el uso y la habitación, de «El Derecho civil italiano según la doctrina y la jurisprudencia», expuesto por varios profesores bajo la dirección de Pasquale Fiore.

dos tiempos distintos la misma cosa, puesto que se consumió, puede asegurarse para después el disfrute de otra del mismo género, ó sea otra equivalente.

Esto puede explicarse también de otro modo. El dueño puede utilizar las cosas fungibles consumiéndolas ó disponiendo de ellas y sustituyéndolas por su valor. Si el consumo pasa al usufructuario, al nudo propietario, justo es que le quede el valor; pero todo se confunde porque el usufructuario puede también utilizar vendiendo, y el nudo propietario consumir después otras cosas equivalentes. Esto prueba las dificultades que presenta la admisión de este usufructo especial. Se explica por querer extender á todas las cosas la misma idea del disfrute, que es en el usufructo lo más esencial, por la naturaleza de las cosas fungibles, que no consiente otra solución, y porque, después de todo, son muchas las veces en que el propietario no disfruta por sí mismo las cosas, percibiendo un equivalente de su utilidad, como ocurre en el censo y en el arrendamiento. Pero, ¿en qué puede distinguirse ese usufructo de la venta ó del mutuo?

La utilidad total de que es susceptible la cosa se descompone en el usufructo en dos utilidades parciales, cuya suma constituye el derecho de propiedad. El que se ve privado temporalmente del disfrute se denomina por unos dueño, por otros nudo propietario (propiedad desnuda, separada del disfrute de la cosa). El valor del usufructo se gradúa en la ley del impuesto de derechos reales (artículo 5.º) en el 25 por 100 ó cuarta parte del valor de la propiedad, y en la ley del Timbre del Estado, el art. 16, núm. 10, dice: «En los usufructos en general servirá de regulador la cuarta parte del importe ó valoración de la finca objeto del derecho, y el usufructo vitalicio se apreciará por la mitad del valor de dicha finca.»

Aceptamos la idea del usufructo que expone Veneziam, no sin hacer notar respecto á lo demás que hoy no es completamente exacto lo relativo al censo enfitéutico, que va perdiendo sus antiguos caracteres, y que entre las formas de disfrute de bienes ajenos merecen también mencionarse el arrendamiento y la anticresis.

Fácil es establecer las diferencias que presentan las legislaciones positivas entre las distintas formas del goce ó disfrute: los censos en sus diversas especies, el usufructo, el arrendamiento, la anticresis, las servidumbres, si se quiere. Al ocuparnos de los censos, podremos marcar la distinción que se hace entre la propiedad *dividida* y la propiedad *limitada.* No es, sin embargo, tan sencillo aquel deslinde en el derecho abstracto. Formas subsisten de servidumbres que más bien pudieran calificarse de usufructos parciales ó limitados (extraer arena, cal, yeso, etc.); formas subsisten de censos que tienen mayores analogías con la hipoteca que con los censos mismos; hay arrendamientos y aun censos que se confunden con el usufructo; ¿qué es también la anticresis más que un usufructo constituído para un determinado objeto? No entraremos en el estudio de lo que debiera ser cada uno de esos derechos, aspectos distintos de una misma cosa, porque la cuestión carece de interés práctico para nuestro fin y nos llevaría muy lejos, haciendo esta obra más extensa de lo que su índole consiente.

El usufructo es el derecho de disfrutar temporalmente de los bienes ajenos. Este derecho es desde luego real y limitativo del dominio, lo cual no nos esforzaremos en demostrarlo, porque nadie lo niega.

Las definiciones del usufructo que más se separan del concepto romano, son las de los códigos de Portugal y Baviera. Según el primero, usufructo es el derecho de convertir en utilidad propia el uso ó producto de las cosas ajenas. Según el segundo, es el derecho de utilizar la propiedad ajena. En ningún código, que sepamos, se expresa la condición de ser ese derecho temporal y, sin embargo, así es siempre. El propietario no se desprende en absoluto de la facultad de gozar: lejos de eso, se la reserva para un tiempo más ó menos lejano.

Concretándonos á nuestra patria, el art. 515 fija en treinta años la duración del usufructo constituído á favor de pueblos ó corporaciones. Los artículos 781, 789 y 640 limitan el usufructo sucesivo al segundo grado, ó á personas que vivan al tiempo de empezar el derecho. Es, por regla general, vitalicio.

Pero si bien la temporalidad es requisito inseparable al usufructo, no es en verdad un carácter que baste actualmente para establecer una diferencia esencial respecto á otras instituciones jurídicas. Según el art. 1608, los censos no pueden subsistir más de sesenta años; ni es el tiempo más que un término relativo de escaso valor práctico, porque ¿podrá afirmarse que hay algo perpetuo?

Lo que sí añaden casi todos los códigos, es la obligada fórmula del derecho romano, *salva verum substantia;* pero, ó hay que respetarla en toda su integridad, ó suprimirla en absoluto. Poner esa condición como de esencia en el usufructo, y admitir á renglón seguido el usufructo de los bienes fungibles, es una anomalía inconcebible.

El carácter de intransmisibilidad asignado antes al usufructo, ha desaparecido en virtud de lo dispuesto en el art. 480. Como además las servidumbres requieren casi siempre dos fincas ó indeterminación en el sujeto activo, y al usufructo le basta una sola y el sujeto es determinado, como aquéllas recaen sólo sobre bienes inmuebles y éste sobre toda clase de bienes, es evidente que entre una y otra institución lo que hay son menos analogías que entre las servidumbres y los censos, por ejemplo.

No hemos de extrañar, por lo tanto, que nuestro Código, rompiendo con los precedentes de nuestra patria, haya abandonado por completo el profundo error de considerar el usufructo como una *servidumbre personal.* El usufructo es servidumbre sólo en un sentido: como gravamen en cosa ajena, ni más ni menos que el censo y la hipoteca.

¡Cuantas más relaciones y hasta identidad en muchos casos pudiera encontrarse entre el usufructo y el arrendamiento! Borrado el carácter personalísimo del usufructo, la diferencia que aun existe es meramente convencional y desaparece con la inscripción.

La base 12, á la que han debido ajustarse los artículos 467 al 529, preceptuaba lo siguiente: «El usufructo, el uso y la habitación se definirán y regularán como limitaciones del dominio y formas de su división, regidas en primer término por el título que las consti-

tuya y en su defecto por la ley, como supletoria á la determinación individual; se declararán los derechos del usufructuario, en cuanto á la percepción de frutos, según sus clases y situación en el momento de empezar y de terminarse el usufructo, fijando los principios que pueden servir á la resolución de las principales dudas en la práctica respecto al usufructo y uso de minas, montes, plantíos y ganados, mejoras, desperfectos, obligaciones de inventario y fianza, inscripción, pago de contribuciones, defensa de sus derechos y los del propietario en juicio y fuera de él, y modos naturales y legítimos de extinguirse todos esos derechos, con sujeción todo ello á los principios y prácticas del derecho de Castilla, modificado en algunos importantes extremos por los principios de la publicidad y de la inscripción contenidos en la legislación hipotecaria novísima.»

Examinados los artículos referentes al usufructo, se observa que, por regla general, se respeta la base 12; pero podría señalarse alguna extralimitación, por ejemplo, en el art. 480, al permitir la enajenación del derecho de usufructo, y alguna omisión en lo relativo á la inscripción, que hasta como obligatoria se impone, al parecer, en la base, y ni siquiera se menciona en la ley.

El usufructo, el uso y la habitación se estudian en un solo título como instituciones análogas: la diferencia es sólo la que hay entre lo más y lo menos. Bien pudiera borrarse hasta la diversidad de nombre, dejando el uso y la habitación como formas de usufructo parcial. Rarísima es su constitución; y no cabe duda que los artículos 467 y 470 consienten una forma de usufructo que en realidad sea lo que se conoce con el nombre de uso ó de habitación.

Con el comentario de los artículos 467 al 470 completaremos las ideas generales relativas al usufructo.

SECCIÓN PRIMERA

DEL USUFRUCTO EN GENERAL

ARTÍCULO 467

El usufructo da derecho á disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, á no ser que el título de su constitución ó la ley autoricen otra cosa.

De las últimas palabras del art. 467, se desprende que hay usufructos cuyo contenido puede separarse algo de la definición. Llamaremos á estos usufructos anormales ó especiales, y normales ó comunes á los que se acomodan á las reglas generales de los artículos 471 al 512.

Usufructo anormal.—La primera edición del Código civil consideraba usufructo el derecho de disfrutar de los bienes ajenos con obligación de conservar su forma y sustancia. Sin duda se estimó que la definición no resultaba exacta, ó que realmente se comprendían en los artículos 467 al 512 casos de usufructo que no encajaban en el marco de la definición, y esto hizo que en la edición actual se abandonase la forma de definición, expresando el contenido de ese derecho, y añadiendo las palabras finales: «á no ser que el título de su constitución ó la ley autoricen otra cosa». Lo referente al título de constitución del usufructo debió obedecer á la idea de que, así como la ley alteraba en algún caso la segunda parte de la definición, los interesados, por el libre imperio de su voluntad, podían también cambiar algo del contenido del usufructo.

Pero mediante la adición apuntada, que se juzgó necesaria, nace otra dificultad. El título de constitución del usufructo, ¿puede alterar de tal modo la relación establecida, que en realidad no sea un verdadero usufructo lo que se constituya? Difícil es contestar á esta pregunta, porque aunque la razón responde que eso no es posible, la letra de la ley se presta á una elasticidad lamentable.

Nosotros creemos que el Código en su definición ó explicación ve un requisito *esencial:* el derecho de disfrutar ó gozar los bienes ajenos; y un requisito, con razón ó sin ella, *accidental:* la obligación de conservar la forma y sustancia de las cosas, requisito sin duda no considerado como de esencia cuando el mismo Código no lo respeta, y al cual únicamente se refiere la adición ó salvedad final. Pero se dirá: ¿es que al alterarse ó no conservarse la forma ó la sustancia de la cosa no se hace algo más que disfrutar, invadiendo las atribuciones del nudo propietario? En este punto diremos que todo es según el color del cristal con que se mira.

Propiedad es el derecho de gozar y de disponer. Hay, sin embargo, facultades que pueden colocarse, lo mismo en el grupo del goce ó libre aprovechamiento, que en el de libre disposición. El derecho de abusar, ya en el sentido romano, ya en el sentido moderno, sin perjuicio de tercero ni del interés público, ¿es de libre disposición ó de libre aprovechamiento?; el derecho de transformar, ¿entra en el grupo de gozar ó en el de disponer? Por otra parte, la diversa naturaleza de las cosas no puede menos de imponer modificaciones al derecho; la moneda, por ejemplo, es irreivindicable, ¿diremos por eso que no es susceptible de propiedad?; los bienes que se deterioran por el uso, porque se deterioren, ¿no podrán gozarse?; los bienes fungibles, ¿cómo se disfrutan? ¿ó es que sólo son susceptibles de disposición? El dueño de unas barricas de vino las da en prenda ó las vende: éstos son actos de disposición, enajenación ó gravamen de bienes fungibles; pero el dueño quiere disfrutar su vino, ¿diremos que no puede porque al hacerlo se consume?; el disfrute del vino consiste en bebérselo; con ello no se dispone, se disfruta; no podríamos decir esto si el usufructo consistiese en la percepción de frutos. Luego no cabe con tales ideas afirmar que es de esencia en el disfrute la conservación de la sustancia de la cosa, aunque sí sea de esencia el disfrute en el usufructo.

Digamos lo mismo en cuanto á la forma. El propietario, para disfrutar de las cosas que le pertenecen, no las condena siempre á un mismo servicio. Hay aquí también algo de esencial y de acci-

dental, y entra también en mucho la naturaleza de cada cosa. Un terreno se destina á trigo ó á cebada; pero el dueño estima que será más productivo plantándole de viña ó sembrando garbanzos. Se altera la forma de aprovechamiento, pero ni se ataca á la esencia de la cosa, ni se hace con ello más que gozarla ó disfrutarla. Se entrega un monte; observando que la tierra es de buena calidad, se siembra entre el arbolado; los efectos convencen de la mayor utilidad y se cortan árboles en cierta extensión, como en una viña pudieran cortarse raquíticos olivos que produjesen más perjuicio que beneficio. Todo esto entra en la facultad de aprovechamiento, y no porque se consienta hacerlo al usufructuario se ataca á la naturaleza del usufructo. En este sentido aparece dictada la sentencia de 10 de Abril de 1893.

Pero hay cosas que sólo tienen una forma de disfrute y respecto á ellas no cabrá alteración sin convertir la cosa en otra distinta. Aun entonces puede convenir su transformación para utilizarla mejor. Si se deseca una laguna para destinar á prado su álveo; si con los materiales de un carro se construyen sillas, etc., más que aprovechamiento, hay disposición; sin embargo, aun cabe que se conceda con ciertas limitaciones la facultad de transformar, reservándose el dueño la facultad de disponer de lo transformado, y aun de gozar de ello más adelante.

En suma, entendemos que la voluntad de los particulares puede modificar siempre la regla legal de no poder alterarse la forma ó sustancia de la cosa, con tal que queden en el nudo propietario, como signo de su facultad de disponer, por lo menos los derechos de enajenar, gravar y limitar, ó sea siempre que de algún modo pueda entenderse que las facultades concedidas al usufructuario son de goce en absoluto ó de aprovechamiento en cualquier forma y de cualquier modo de lo que usufructúa. Cuando no sea así, cuando sobre la cosa se conceda algún derecho á disponer, no del goce de la cosa, sino de la cosa misma, aunque sea condicionalmente, no se constituirá usufructo solamente, sino otro derecho distinto, sin que esto signifique en modo alguno falta de respeto á la voluntad individual.

Pero entendamos bien dos cosas: 1.° Que el dueño no se desprende en absoluto, sino sólo temporalmente, de la facultad de gozar, y por tanto, que la cosa más ó menos transformada no puede ser perdida para él. Aun en el caso más anormal, el usufructo de cosas fungibles, al propietario ha de volver un equivalente de lo que se consumió. 2.° Que desde que se separa la facultad de gozar, el que fué dueño la pierde y no puede disponer de ella mientras subsista la separación. ¿Quién dispone en ese tiempo del goce? El usufructuario, y sólo el usufructuario, en cuanto sólo disponga de lo que le corresponde. Véase el art. 480.

Explicada así la idea del Código en las últimas palabras del artículo 467 y sin entrar á indagar si su doctrina es más ó menos propia ó acertada, veamos en el caso de que se respete el usufructo en el sentido en que lo define el Código, lo que debe entenderse por tal derecho.



Usufructo normal.—El usufructo es, ante todo, un derecho real limitativo del dominio. El Código lo considera como una modificación del mismo, atendiendo al epígrafe del libro 2.°, y sólo puede modificar limitando las facultades dominicales, ya que es imposible aumentarlas ó extenderlas. Se definirá el usufructo, dice la base 12, como limitación del dominio y forma de su división. El usufructo representa para el usufructuario un derecho en cosa ajena, y para el nudo propietario un gravamen, una limitación. Así lo expresa el art. 1311 del Código de Guatemala.

Es la cualidad esencial y característica de este derecho real, el goce, el disfrute, el aprovechamiento de la cosa. Usa el Código la palabra *disfrutar*, y tal vez hubiera sido más perceptible su idea empleando, como el art. 348 que define la propiedad, la palabra *gozar*. Sin embargo, no dudamos que la idea es la misma, y que el Código, después de estudiar el dominio en su esencia y en su ejercicio, exterioridad ó visibilidad (posesión), quiso ocuparse del caso en que las dos facultades esenciales que le integran se hallasen se-

paradas, perteneciendo á una persona el derecho de disponer y á otra distinta el de gozar.

Gozar ó disfrutar es aprovecharse de la cosa, sacar de ella toda la utilidad posible, según su clase y naturaleza; no es percibir los frutos, que tampoco existen siempre, es poseer la cosa, tenerla en su poder, usarla, percibir sus frutos, administrarla, y obtener de ella cuantos beneficios sea susceptible de proporcionar, sin salir de las manos del que la posee ó concediendo á otro el goce, pero sin invadir la facultad de disponer de la cosa que reside en otra persona distinta.

Pero como garantía para esta misma persona, como limitación de la facultad de gozar, como prueba de respeto á los precedentes legales que desde Roma habían permanecido inalterables, añade el Código, «con la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa». Así no hay miedo de que el usufructuario invada atribuciones que no le son propias: tal parece haber sido el móvil de esa limitación.

Es la sustancia el ser en sí mismo de la cosa, y lo que no se consiente al usufructuario es cambiar ese ser ó esencia, para que la cosa vuelva la misma que era á manos del propietario. Sin embargo, habiéndose disputado sobre si la sustancia comprendía ó no la forma y si eran ó no cosas distintas, el Código, en evitación de duda, habla de conservación de sustancia y de forma. Entienden los autores que la sustancia significa la materia de la cosa, los elementos integrales que la componen, y la forma, los caractéres extrínsecos de la misma, lo que la hace apta ó adecuada para el uso, destino ó fin particular que el dueño le tuviese señalado. Como se ve, este término ofrece alguna elasticidad, pero se aplica en absoluto; quiere expresarse que si el usufructo consiste en un monte, un monte debe volver al propietario; si en una viña, hay que conservar y devolver la viña: si en un mobiliario, el mobiliario mismo, etc.

¿Queda bien marcada la esencia del usufructo? Puede echarse de menos su carácter temporal, la limitación en cuanto al tiempo de la separación de la facultad de gozar que ha de volver al pro-

pietario: facultad emanada del dominio, vuelve á ser absorbida por él.

Se dice que cabe alguna confusión con el arrendamiento, con el comodato, y aun el mutuo en su caso, y hasta con el censo en alguna de sus especies. No es culpa de la ley, sino de la naturaleza misma de estos derechos: el usufructo es el derecho de disfrutar de los bienes ajenos: la gran variedad de sus formas y modalidades hace que el arrendamiento ó el comodato consistan en usufructos más ó menos limitados. En vano es buscar distinciones cuando realmente no bastan á dar á los objetos que se distinguen verdadera independencia. Entre el usufructo y el arrendamiento, no siendo como no es aquél un derecho personalísimo, no hay más diferencia esencial que la de ser el primero un derecho real, y empeñarse el Código en que el segundo es un derecho de obligación ó un derecho de carácter mudable á voluntad de las partes.

Por último, como derecho real, el usufructo lleva consigo dos acciones: una encaminada á proteger su ejercicio; otra que tiende á amparar el derecho mismo, aunque se haya perdido su ejercicio; acción la primera que procede contra todo perturbador del usufructo; acción la segunda que procede contra todo tercero, sea ó no el perturbador, que detente el derecho que sólo al usufructuario legítimo corresponde.

El usufructo es inscribible cuando recae sobre bienes inmuebles ó sobre otro derecho real susceptible de inscripción, ya se trate de su constitución, transmisión, modificación ó extinción, con arreglo al art. 2.° de la ley Hipotecaria. Al efecto, el título respectivo ha de hallarse consignado en escritura pública, ejecutoria ó documento auténtico, según prescribe el art. 3.°, disposición esta última conforme con el art. 1280, núm. 1.°, del Código civil.

Son precedentes legales del art. 467, la ley 7.ª, tít. 18, libro 3.° del Fuero Real, y la 1.ª, tít. 31, Partida 3.ª El usufructo se considera en ésta como servidumbre personal.

Las definiciones de casi todos los códigos están en el fondo conformes con la de nuestro art. 467. Véanse los arts. 578 de los códigos de Francia y Bélgica, 477 del de Italia, 807 del de Ho-

landa, 461 del de Berna, 963 del de Méjico, 1309 del de Guatemala, 764 del de Chile, 2807 del de la República Argentina, etc.

Los códigos de Portugal y Baviera definen el usufructo en un sentido más absoluto, como hemos hecho constar en las *Ideas generales.*

El proyecto del código alemán distingue entre el usufructo de cosas y el usufructo de derechos, considerando ambos como especie de las servidumbres.

ARTICULO 468

El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos ó en última voluntad, y por prescripción.

Se admitía antes del Código que el usufructo podía constituirse por la ley, por la voluntad de los particulares (postura ó testamento) y por la autoridad judicial, sin afirmarse ni negarse que se constituyera por prescripción, medio desde luego admisible, que podía, según algunos, inferirse ó deducirse de la ley 24, tít. 31, Partida 3.ª

El art. 468 admite tres formas de constitución de usufructo, que equivale á una división del mismo por su origen ó causa, como expresa Sánchez Román, en usufructo *legal* (la ley), *voluntario* (el contrato ó el testamento), y *mixto* (la prescripción).

No se menciona el usufructo constituído judicialmente que, procedente del derecho romano venía admitiéndose en nuestro derecho como si estuviese en vigor. Anómala siempre esa forma de constitución, pudo en un tiempo estimarse necesaria en determinadas circunstancias; pero hoy es inadmisible de todo punto, ya por no mencionarse en el art. 468, lo que prueba que no se ha juzgado conveniente patrocinar tal medio, ya por no sentirse en caso alguno su necesidad. En efecto, los arts. 404, 1062, 821, 822 y 386, sobre cosas comunes indivisibles, partición de herencia, legado de finca que no admita cómoda división, y deslindes, así como todos

los que de dichas materias se ocupan, determinan claramente lo que en cada caso debe hacerse, observándose con claridad que, á no convenir en ello los interesados, nunca procede la constitución de usufructo para la equitativa división ó reparto de cosas comunes, ni nunca puede imponerla la autoridad judicial.

Usufructos legales.—Es el constituído por la ley. En el título que estudiamos sólo se contiene como disposición especial sobre usufructos legales, el art. 477.

Son usufructos legales:

Primero. El que con arreglo al art. 160 del Código civil, corresponde al *padre*, y en su defecto á la *madre*, sobre los bienes que sus hijos no emancipados que vivan en su compañía, hubiesen adquirido con su trabajo ó industria ó por cualquier título lucrativo.

Segundo. El que en virtud del art. 1357 corresponde al *marido* sobre los bienes que constituyan la dote inestimada de su mujer, sobre el cual nos remitimos al comentario de los arts. 1357 á 1364, 1379 y 1380. Ignoramos por qué motivo no incluyen este caso de usufructo entre los legales la mayor parte de los comentaristas, pues el Código bien claramente lo consigna.

Lo que no dejaremos de observar es que en los dos casos citados de usufructo legal hay impropiedad de expresión en la ley, lo que engendra cierta confusión en los derechos, como veremos al comentar el art. 480. Usufructuario es el que disfruta para sí mismo, no el que percibe los frutos ó las utilidades, sino el que las consume, el que las goza. Ahora bien: el padre, la madre, el marido, propiamente, no disfrutan, administran, y si disfrutan, lo hacen como miembros de una sociedad á quien representan. El disfrute es de la familia, las utilidades son para el marido, la mujer y los hijos; la ley nombra como usufructuario al jefe, al representante de esa pequeña sociedad natural; pero es claro qne ese jefe no puede privar del disfrute á los individuos que con él viven y por cuyas necesidades é intereses debe velar y trabajar. El jefe, repetimos, administra; la sociedad es y debe ser la usufructuaria. En todo caso, será el jefe un usufructuario condicional. De no ser así, podría un padre gozar en absoluto los frutos de un capital legado

á su hijo, dejando á éste perecer ó martirizándolo hasta su emancipación. Véanse los arts. 171 y 1403, que bajo distintos puntos de vista se relacionan con esta cuestión.

Tercero. El usufructo que, como legítima, asigna el art. 834 y siguientes en la sucesión testada, y el 953 en la intestada, al *viudo ó viuda* que al morir su consorte no se hallare divorciado ó lo estuviere por culpa del cónyuge difunto.

En el grupo de usufructo legal correspondiente al viudo, pueden colocarse los que reconocen las legislaciones forales, como la *viudedad* de Aragón, que recae en los bienes sitios; la *fealdad* de Navarra, sobre todos los bienes del cónyuge difunto; los derechos del *any,* del *pló* y de la *tenuta,* reconocidos á favor de la viuda en Cataluña, y el usufructo legal que autoriza el fuero de Vizcaya en favor de ambos cónyuges al disolverse el matrimonio sin hijos ni descendientes, cuya materia nos ocupará al comentar los artículos 834 á 839.

Cuarto. Aunque de rara aplicación en la actualidad, puede también señalarse como usufructo legal el establecido en el art. 2.º de la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836, cuyo art. 2.º dice así: «Los *poseedores actuales de las vinculaciones* suprimidas en el artículo anterior, podrán, desde luego, disponer libremente como propios de la mitad de los bienes en que aquéllas consistieren, y después de su muerte pasará la otra mitad al que debiera suceder inmediatamente en el mayorazgo, si subsistiere, para que pueda también disponer de ella libremente como dueño.»

Puede considerarse también usufructo legal el que corresponde á los monarcas en los bienes del patrimonio de la Corona. Siempre que hay bienes inalienables, hay usufructo de unos á otros. ¿Qué es más que un mayorazgo no suprimido el disfrute de los bienes patrimoniales de la Corona?

Señálanse, además, como usufructos legales, los que se derivan de los artículos 811 y 968 del Código civil respecto á los bienes sujetos á reserva, ya en favor de parientes dentro del tercer grado, ya en favor de los hijos del primer matrimonio.

Declarado se halla hoy por las sentencias de 16 de Diciembre de 1892 y 8 de Noviembre de 1894, y en la resolución de la Dirección general de los Registros de 25 de Junio de 1892, que los bienes á que se refiere el art. 811 son de la misma naturaleza, y siguen idénticas reglas que los otros bienes reservables sobre que legislan los artículos 968 al 980. No negamos que, tanto el ascendiente que hereda de un descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, como el viudo que adquirió de su difunto consorte, ó de los hijos del primer matrimonio, ó de los parientes del difunto y por consideración á éste, bienes por testamento, sucesión intestada, donación ú otro cualquier título lucrativo, si contrae nuevo matrimonio, son usufructuarios, el segundo de todos los dichos bienes, y el primero, ó sea el ascendiente, de los que hubiere adquirido por ministerio de la ley; pero son usufructuarios, si no con igual extensión, en la misma forma que puede llamarse usufructuario al padre en el caso del art. 161 ó al propietario mismo. En todo caso en que los bienes se cedan ó transmitan con condición resolutoria, cuyo cumplimiento ó incumplimiento no puede conocerse hasta la muerte del que con esa condición adquiere, puede éste llamarse usufructuario, pero impropiamente, porque el usufructo confiere el derecho de gozar ó disfrutar, pero nunca el de disponer, ni aun condicionalmente, de la cosa que se usufructúa. Si esos usufructuarios, binubo ó ascendiente, disponen de los bienes; es más, si la enajenación subsiste por no quedar hijos del primer matrimonio ó parientes del tercer grado, ó renunciar su derecho, ¿no se ve claramente que es mucho más que un usufructo lo que á tales personas se concede? El que tiene lo más tiene lo menos; pero el que dispone de la cosa, aun teniendo lo menos con lo más, nunca se llama usufructuario.

Usufructos voluntarios ó convencionales.—Son los que se constituyen por la voluntad del dueño de los bienes, bien bajo la forma de contrato, bien en testamento ó última voluntad.

Separa el Código la donación de los testamentos y de los contratos, por regirse algunas veces por reglas especiales. Véanse los

arts. 620 al 622. Nadie dudará, sin embargo, que puede también constituirse el usufructo por donación, y así lo confirman los artículos 634 y 640. El marido, dice además el art. 1415, no puede hacer donaciones de bienes de la sociedad conyugal, sino moderadamente, para objetos de piedad ó beneficencia, y sin reservarse el usufructo.

Sobre usufructo constituído en capitulaciones matrimoniales, véase la sentencia de 21 de Junio de 1869.

La voluntad expresada en testamento es la fuente más importante del usufructo. Véanse los artículos 787, 793 y 820.

El usufructo, como veremos en el art. 508, puede ser universal, de parte alícuota de un caudal ó herencia, ó de una ó más cosas particulares.

Con arreglo al art. 470, los usufructos convencionales se rigen en primer término por el título de su constitución, y en defecto de este, ó en los casos no previstos, por las disposiciones de los artículos 471 á 522.

Usufructos mixtos (Prescripción).—El art. 468 no hace en este punto más que reconocer una verdad. Se adquieren por la prescripción el dominio y los derechos reales, y siendo derecho real el usufructo, indudablemente resulta comprendido en el art. 1940. Para ello se necesita poseer ó ejercitar el derecho de usufructo durante cierto tiempo, careciendo de modo de adquirir, sea con título ó sin él, de buena ó de mala fe. El tiempo será de tres ó seis años en los bienes muebles, y de diez ó treinta en los inmuebles, como veremos en su lugar.

Juzgándose D. propietario de ciertos bienes de un ausente, dispone que para después de su muerte pasen en usufructo á su viuda y en nuda propiedad á su hermano. Posee la usufructuaria con buena fe por tres ó diez años esos bienes según su clase, y por lo mismo que D. no era el legítimo propietario, queda constituído por prescripción lo mismo el usufructo que la nuda propiedad.

¿A qué reglas deberán acomodarse estos usufructos? En primer término á las marcadas en el título de su construcción, sea la ley, sea la voluntad, y en su defecto ó á falta de título, caso

también posible, á las prevenidas en los artículos 471 al 522.

Admiten tres modos de constituir el usufructo (ley, voluntad y prescripción) los códigos de América (Guatemala, Méjico, República Argentina, Uruguay, Chile, Baja California, Campeche y Veracruz). Sólo admiten dos (la ley ó la voluntad del hombre) los códigos de Francia, Bélgica, Italia, Portugal, Holanda y cantón de Vaud.

ARTÍCULO 469

Podrá constituirse el usufructo en todo ó parte de los frutos de la cosa, á favor de una ó varias personas, simultánea ó sucesivamente, y en todo caso desde ó hasta cierto día, puramente ó bajo condición. También puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo ó intransmisible.

Con arreglo al art. 469, al que hay que añadir para completarle los 481, 482 y 508, el usufructo admite las clasificaciones siguientes, que señala en forma análoga un distinguido comentarista:

1.° Por la calidad del objeto puede recaer *en cosas* ó *en derechos*; las cosas pueden ser muebles é inmuebles, las primeras fungibles ó no fungibles, y estas últimas susceptibles ó no de deterioro.

2.° Por la cantidad de su objeto, el usufructo puede ser *total* ó *parcial*, según que abarque todas ó solamente algunas de las utilidades de la cosa.

3.° Por razón de las personas y formas de su disfrute, puede constituirse á favor de una persona ó de varias, y en el último caso ser el disfrute simultáneo ó sucesivo.

4.° Por la manera de constituirse, el usufructo puede establecerse puramente, bajo condición ó á plazo (desde ó hasta cierto día).

5.° Por la naturaleza del título constitutivo, puede ser singular ó universal.

I. *Sujeto del usufructo.*—El usufructo, dice el art. 469, puede constituirse á favor de una ó varias personas, simultánea ó sucesivamente.

El sujeto del usufructo puede ser lo mismo una persona física que una persona jurídica. La única dificultad respecto á las entidades colectivas había de ser la referente á la duración del usufructo, en el caso que no se hubiese fijado tiempo, y tal dificultad se halla resuelta en el art. 515, que preve el caso de un usufructo constituído á favor de un pueblo, corporación ó sociedad, y determina que no pueda subsistir más de treinta años.

Constituído á favor de varias personas, el disfrute puede ser simultáneo ó sucesivo.

A.—Disfrute simultáneo.—Consiste en aprovecharse varios individuos á un mismo tiempo de las utilidades de una sola cosa. Sin esta unidad en el objeto, en realidad habría varios usufructos independientes. Aun así, el disfrute simultáneo puede revestir dos formas distintas.

Es la primera cuando á cada uno de los usufructuarios se le concede un disfrute ó aprovechamiento especial y distinto sobre la cosa, como si constituído sobre un monte, á una persona se le diese el derecho de gozar del arbolado, y á otra el de disfrutar los pastos, la siembra ó el suelo. Este caso tampoco ofrece dificultad alguna, porque en realidad hay independencia en el disfrute. Así es que la muerte ó renuncia de cada usufructuario extinguirá su derecho especial.

La verdadera singularidad de los usufructos constituídos á favor de varias personas simultáneamente, se observa en el caso de concederse el total disfrute ó aprovechamiento de una sola cosa no dividida á varias personas al mismo tiempo. Entonces hay indivisión y nace una verdadera comunidad en el derecho, que á semejanza de la copropiedad y coposesión, pudiera llamarse cousufructo. A falta de contrato ó disposiciones especiales, las reglas aplicables para las relaciones entre los copartícipes serán las de la comunidad de bienes, ya que el art. 392 dice que hay comunidad cuando la propiedad de una cosa ó de un *derecho* pertenece proin-

diviso á varias personas; y para las relaciones de los mismos con el nudo propietario, aparte de los preceptos relativos al usufructo, las de los artículos 1137 á 1148 sobre obligaciones mancomunadas y solidarias. Lo mismo ha de entenderse cuando el derecho de nuda propiedad corresponde también proindiviso á varias personas.

Constituído el usufructo simultáneamente á favor de varios, sin designación de partes, por muerte ó renuncia de uno de los partícipes antes de llegar, en su caso, el tiempo fijado para la terminación, parece que ha de aplicarse el art. 987, acreciendo la porción vacante á los otros cousufructuarios. «El derecho de acrecer, dice dicho artículo, tendrá lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos.» Sin embargo, téngase presente que, en virtud de los artículos 467 y 470, ha de atenderse ante todo á la voluntad de las partes, expresada en el título constitutivo del usufructo.

B.—Disfrute sucesivo.—Consiste en aprovecharse de la cosa ó derecho usufructuado una persona primero y otra ú otras después. Esta forma del usufructo casi exclusivamente se constituye por última voluntad. Aplicación de ella son los artículos 781 al 789 sobre sustituciones fideicomisarias, pues en la parte de bienes que deben pasar á los sustitutos nombrados, los sustituídos, por regla general, son solamente usufructuarios.

Según el art. 787, «la disposición en que el testador deje á una persona el todo ó parte de la herencia, y á otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo á varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará á lo dispuesto en el art. 781».

El 781 dispone que «las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto, siempre que no pasen del segundo grado, ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador».

Estos preceptos se declaran aplicables á los legatarios por el art. 789.

Respecto á actos entrevivos, el art. 640, ocupándose de las donaciones, dice: «También se podrá donar la propiedad á una per-

sona, y el usufructo á otra ú otras, con la limitación establecida en el art. 781 de este Código.»

Puede, por tanto, afirmarse que la conclusión es siempre la misma. En cualquier forma en que se constituya el usufructo á favor de varias personas sucesivamente, ó han de vivir todas esas personas al tiempo de empezar el usufructo, ó no ha de poder pasar el disfrute del segundo grado. Entendemos que esta última limitación se refiere á un segundo llamamiento; de modo que si se trata de personas que aun no existan al morir el testador, el usufructo sólo puede pasar del primer usufructuario á un segundo. Por ejemplo, A dona á B. una finca en usufructo, queriendo que á la muerte de B. pase el derecho á sus hijos. Aunque esos hijos no existiesen al constituirse el usufructo, la donación es válida, como no prohibida por el art. 781. Suponemos también que la frase de este artículo, «personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador», debe sustituirse, en caso de establecerse el usufructo, por otro título (donación, transacción, adjudicación, compra, etc.), por «personas que vivan al empezar el usufructo», y no por la de «personas que vivan al tiempo del fallecimiento del constituyente» (donante, vendedor, cedente, etc.), ni al tiempo de la constitución, porque si el art. 781 se refiere al momento de la muerte, es porque, tanto en la herencia como en el legado, hasta entonces no puede comenzar el usufructo.

El art. 521 dice que «el usufructo constituído á favor de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere». Este artículo, como veremos, puede aplicarse al usufructo constituído á favor de varios simultáneamente y al que concede un disfrute sucesivo; pero si estableciéndose sólo dos llamamientos, el llamado en segundo grado ó lugar no existiese aun al empezar el usufructo, caso, como hemos visto, posible, la regla, salvo pacto especial para una terminación anterior, sería la misma: el usufructo se extinguiría por la muerte del llamado en segundo lugar. Así ha de entenderse si el disfrute simultáneo es compatible con el sucesivo, y el art. 781 señala dos limitaciones alternativas, sin que la primera se halle supeditada á

la segunda, ni se exija, por tanto, siempre, que las personas vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

II. *Objeto del usufructo.*—El Código solamente excluye los derechos personalísimos é intransmisibles; exclusión tan lógica y natural, que había de sobreentenderse aunque no se expresara. Imposible es que se transmitan en forma alguna aquellos derechos que son inseparables de la persona, como debidos al nacimiento, á la condición jurídica, al estado civil, al mérito, á la jerarquía social, etc.

Todas las demás cosas y derechos son suceptibles de usufructo en cuanto puedan prestar alguna utilidad directa ó indirecta, actualmente ó en el porvenir. Ninguna duda cabe respecto á los bienes inmuebles; grupo, sin duda, el más importante, ni á los muebles, puesto que hasta los que se deterioran y los que se consumen por el uso, son objeto especial en los artículos 481 y 482. Véanse también los 476, 483 á 485 y 499.

De otros usufructos especiales tratan los artículos 475 (derecho á percibir una renta, una pensión periódica, los intereses de obligaciones ó títulos al portador, ó los beneficios de una participación en una explotación industrial ó mercantil), 486 (acción para reclamar un predio ó derecho real ó bien mueble) y 507 (créditos vencidos).

¿Y las cosas futuras podrán ser objeto de usufructo? No hay inconveniente, en virtud del art. 1271, con la excepción que el mismo contiene sobre herencias futuras. El art. 486, después de todo, hace relación á cosas futuras é inciertas. Las cosas imposibles no pueden ser objeto de derecho alguno.

Igualmente recae el usufructo sobre una universalidad de bienes (totalidad de un patrimonio, herencia) que sobre una parte alícuota (arts. 510, 506, 508); lo mismo sobre una cosa determinada que sobre una parte de la cosa, ya esta parte sea separada ó se halle proindiviso (art. 490), y tanto sobre todos los frutos ó aprovechamientos como sobre algunos especiales.

III. *Modalidades del usufructo.*—Puede constituirse, según el art. 469, desde ó hasta cierto día, puramente ó bajo condición.

Entiéndese por día cierto, aquél que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo. Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar ó no el día, hay condición. El usufructo constituído por la vida del usufructuario, la del constituyente ó la de un tercero, es un usufructo hasta cierto día, lo mismo que si para su duración se señalan seis, diez ó quince años.

En los usufructos *legales* regirán los preceptos especiales á cada uno de ellos. En los *convencionales*, la voluntad de las partes servirá de norma. Pero han de tenerse presentes, según que el título de su constitución fuere el testamento ó el contrato, los arts. 1125 á 1130, sobre obligaciones á plazo; el 805, sobre designación de día en los testamentos, así como el 7.°, sobre el cómputo de términos; los arts. 748, 758, 759, 785, 790 á 805, 813 y 912, sobre condiciones ó efectos especiales de ellas en las sucesiones; el 626, sobre donaciones condicionales, y los 1113 á 1124, respecto á obligaciones puras y condicionales.

El usufructo, en cuanto á su principio, no estableciéndose nada en contrario, debe estimarse puro ó exigible desde el momento de su constitución. En los constituídos por testamento, el usufructo puro empezará desde un día cierto: el de la muerte del testador.

Respecto al fin del usufructo, si no se fija otro término, tiene su fin natural por muerte del usufructuario ó del último de ellos, si hay varios (arts. 513, núm. 1.°, y 521), ó lo que es lo mismo, el usufructo, como dice Goyena, es por lo regular vitalicio, y lo será siempre que se establezca puramente. No hubiese estado de más que lo hubiera expresado con toda claridad nuestro Código, como lo hacen varios de otros países.

El art. 513, núm. 2.°, trata del caso especial de terminación del usufructo, por espirar el plazo por que se constituyó, ó cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. Véanse la sentencia de 17 de Abril de 1884 y resolución de la Dirección de los Registros de 25 de Junio de 1888.

A la inversa, el cumplimiento de la condición suspensiva determinará en su caso el nacimiento del derecho en el usufructuario.

Por último, haremos constar que las modalidades expresadas

permitidas para la constitución del usufructo, hacen posible sin género alguno de duda que el derecho se transmita á los herederos. Así lo reconoció, antes de regir el Código, la sentencia de 13 de Septiembre de 1861. De este punto trataremos con más detenimiento al comentar los arts. 472 al 475.

Desde el momento en que el usufructo puede constituirse por contrato, no puede dudarse de la posibilidad de su constitución mediante el pago al contado ó á plazos de cierta cantidad, condición también posible al constituirse por testamento.

Concuerda el art. 469 de nuestro Código con los 2199 y 2200 del código de Portugal, 580 y 581 de los de Francia y Bélgica, 478 del de Italia, 965 y 969 del de Méjico, 1313 y 1317 del de Guatemala, 768 al 772 del de Chile, 2821 del de la República Argentina, 701 del de Veracruz, etc.

Usufructos con facultad para enajenar.—Es frecuente en los actos de última voluntad constituir usufructos universales, dando al usufructuario facultades para enajenar los bienes en caso de necesidad, ya justificando esta circunstancia, ya sin exigir justificación alguna. En estos casos, además del derecho de usufructo, se transmite la nuda propiedad sujetando la adquisición de este derecho á una condición potestativa ó casual, según las circunstancias. Al fallecimiento del usufructuario será realmente cuando pueda saberse si la condición se ha cumplido ó si es ya imposible su cumplimiento, pues todo depende de que llegue ó no el caso de necesidad de la enajenación. Aunque para los efectos de la exacción del impuesto de derechos reales, declaró la Real orden de 3 de Agosto de 1892, que se trata en dichas transmisiones de un acto sujeto á condición resolutoria respecto á la nuda propiedad, es lo cierto que es suspensivo el verdadero carácter de la condición, y á lo más, puede establecerse una distinción, según que se exija ó no justificación de la necesidad.

Cuando el testador se limita á autorizar la venta en caso de necesidad, sin que para probar ésta imponga reglas ó condiciones, la enajenación puede hacerse en cualquier tiempo sin justificación alguna, y así lo declara la resolución de 15 de Noviembre de 1876.

Por el contrario, si impuso reglas ó condiciones, ha de justificarse su cumplimiento ateniéndose en todo á la voluntad del testador. Véanse también las resoluciones de 18 de Noviembre de 1867 y 22 de Septiembre de 1879.

ARTÍCULO 470

Los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo: en su defecto, ó por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes.

El usufructo, por razón de las reglas referentes á los derechos y obligaciones que produce, se rige en primer término por el título de su constitución, ya sea éste la ley ó la voluntad. En su defecto, como puede ocurrir alguna vez en caso de prescripción, ó por insuficiencia del título, por no prever determinadas cuestiones, se observarán las disposiciones contenidas en las secciones 2.ª y 3.ª de este título, que se dedican á determinar los derechos y las obligaciones del usufructuario. Esta es sin duda la razón de no referirse á la sección 4.ª, que trata de los modos de extinguirse el usufructo.

Pero la misma deducción se impone respecto á dicha sección, puesto que si por voluntad de los interesados ó del constituyente se modificase alguno de los preceptos contenidos en los artículos 514 al 522, que no tenga carácter marcadamente prohibitivo, dicha voluntad ha de cumplirse con preferencia á las disposiciones legales, ya aparezca el usufructo constituído por contrato ó testamento. La disposición del art. 515, por ejemplo, no puede ser modificada, ya que la ley prohibe terminantemente la constitución de usufructo á favor de un pueblo, corporación ó sociedad por más de treinta años. Pero, ¿quién duda que contra el texto del art. 520 puede pactarse que el usufructo termine por el mal uso de la cosa usufructuada?

El Código, en las disposiciones referentes al usufructo, preve

una porción de casos ó circunstancias especiales, á veces sin necesidad, lo cual contrasta con los preceptos, casi siempre vagos, generales é indeterminados del título anterior, consagrado á la posesión. Justifica esta conducta el respectivo objeto de cada uno de los títulos. Las minuciosas reglas legales sobre el usufructo, aunque no completas, por ser imposible preverlo todo, harán que en la mayoría de los casos, á pesar de existir título constitutivo, haya que recurrir al Código para resolver determinadas cuestiones, que ni se hallen previstas en la letra ni en el espíritu del expresado título.

El precedente del art. 470, puede decirse que está en la sentencia de 1.º de Octubre de 1877, que sentaba la misma doctrina.

SECCIÓN SEGUNDA

DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

No es fácil separar por completo el derecho de la obligación que del mismo nace, ni cabe prescindir, aunque solamente quiera el Código referirse al usufructuario, de la persona del nudo propietario. De aquí que no sea raro notar en la sección presente y en la que le sigue alguna invasión en sus contenidos respectivos.

Pocas innovaciones se contienen en el Código respecto al régimen anterior, constituído no sólo por la doctrina legal (principalmente las leyes 20 á 27 del tít. 31 de la Partida 3.ª), sino por la jurisprudencia; pero se recoge la doctrina de ésta, y se resuelven varias cuestiones que se estimaban dudosas según iremos observando. Puede decirse que, á pesar de ser escasos los precedentes legales en la materia, no son verdaderas novedades los preceptos que se establecen.

ARTÍCULO 471

El usufructuario tendrá derecho á percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles, de los bienes

usufructuados. Respecto de los tesoros que se hallaren en la finca será considerado como extraño.

Contiene la regla general relativa á la percepción de frutos, considerada sin duda como el derecho más importante del usufructuario. «E este á quien es otorgado el usufructo, decía la ley 20, tít. 31, Partida 3.ª, gana todos los frutos é las rentas de la cosa en quel fué otorgado, é puedesse aprouechar de los frutos della é venderlos si quisiere.»

El derecho á percibir los frutos en el usufructo, fué considerado como hipotecable con ciertas restricciones por el art. 107 de la ley Hipotecaria de la Península; pero de esta disposición, así como de la que ha venido á sustituirla en la ley Hipotecaria ó del Registro de la propiedad de Ultramar, nos ocuparemos al comentar el art. 480 del Código.

El precepto del art. 471 equivale á afirmar que cuanto produzca la cosa usufructuada pertenece al usufructuario; pero es evidente que el derecho no consiste en que se le entreguen los frutos ó utilidades, sino en percibirlos él mismo (salvo que se trate de frutos civiles), lo cual supone la posesión de la cosa ó su uso por el usufructuario.

Cierto que la palabra disfrutar ó gozar comprende ó abarca el uso ó la tenencia, según dijimos al comentar el art. 467; pero cierto también que siendo conceptos distintos usar y percibir frutos, y habiendo cosas que sólo se disfrutan usándolas por no producir frutos, el primer artículo referente á los derechos de todo usufructuario debiera estar consagrado á afirmar la facultad en el mismo de tener la cosa en su poder, usándola según su clase y destino.

El usufructuario tiene derecho á percibir, según el art. 471, *todos* los frutos naturales, industriales ó civiles de la cosa. Pero esto ha de entenderse cuando el usufructo, en virtud del art. 469, no se haya constituído sobre *parte* de los frutos, ó cuando los interesados, en el uso de un derecho que nadie puede negarles, y á mayor abundamiento se halla explícitamente reconocido en el artículo 470, no hayan dispuesto ó convenido una cosa distinta.

No hay necesidad de insistir sobre el concepto de los frutos y sus clases, acerca de lo cual nos referimos á los artículos 354 á 357, 451 y 452, y su comentario.

El desarrollo de la regla contenida en el art. 471, se comprende en los 472 al 475.

Tesoros.—Pero el art. 471 contiene una adición: «Respecto á los tesoros que se hallaren en la finca, el usufructuario será considerado como extraño.» Esta adición prueba que, á pesar de la generalidad de la regla, á pesar de facultarse al usufructuario para aprovecharse en todo de la cosa, para hacer suyas cuantas utilidades provengan de la misma, el legislador ha creído deber hacer constar que los tesoros no son frutos, y, por consiguiente, que á ellos no alcanza en modo alguno el precepto. El tesoro es algo por completo independiente de la finca ó lugar en que se encuentra, algo que tiene existencia propia, principal y no accesoria, algo también no previsto ni podido prever al constituirse el usufructo, algo, por lo mismo, que excluye todo pretendido derecho por el usufructuario. Las partes, sin embargo, pueden convenir ó establecer, que si se encuentra algún tesoro, se adquiera por dicho usufructuario.

Este, con arreglo á la ley, debe ser considerado como extraño. Tiende el art. 471 á evitar toda duda. Es aplicable el art. 351, confirmado por los 610 y 614. El tesoro oculto corresponde al dueño; si se hallan separadas las facultades de gozar y disponer, el tesoro no corresponde al usufructuario, sino al nudo propietario. Si un tercero por casualidad descubriere el tesoro, la mitad será para el inventor, la otra mitad para el nudo propietario. El usufructuario es al efecto un tercero, un extraño; si encuentra por casualidad, tiene derecho á la mitad; si busca con intención y descubre lo que busca, no tiene derecho á nada. Esta es la consecuencia.

Aun considerando al tesoro como fruto extraordinario, como accesión de la finca, debe con ésta pasar al nudo propietario. El Código niega, sin embargo, todo disfrute en él al usufructuario.

ARTÍCULO 472

Los frutos naturales ó industriales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario.

Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario.

En los precedentes casos, el usufructuario, al comenzar el usufructo, no tiene obligación de abonar al propietario ninguno de los gastos hechos; pero el propietario está obligado á abonar al fin del usufructo, con el producto de los frutos pendientes, los gastos ordinarios de cultivo, simientes y otros semejantes, hechos por el usufructuario.

Lo dispuesto en este artículo no perjudica los derechos de tercero, adquiridos al comenzar ó terminar el usufructo.

ARTÍCULO 473

Si el usufructuario hubiere arrendado las tierras ó heredades dadas en usufructo, y acabare éste antes de terminar el arriendo, sólo percibirán él ó sus herederos y sucesores la parte proporcional de la renta que debiere pagar el arrendatario.

ARTÍCULO 474

Los frutos civiles se entienden percibidos día por día, y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo.

ARTÍCULO 475

Si el usufructo se constituye sobre el derecho á percibir una renta ó una pensión periódica, bien consista en metálico, bien en frutos, ó los intereses de obliga-

ciones ó títulos al portador, se considerará cada vencimiento como productos ó frutos de aquel derecho.

Si consistiere en el goce de los beneficios que diese una participación en una explotación industrial ó mercantil cuyo reparto no tuviese vencimiento fijo, tendrán aquéllos la misma consideración.

En uno y otro caso se repartirán como frutos civiles, y se aplicarán en la forma que previene el artículo anterior.

Encierran estos artículos la doctrina relativa á la percepción de frutos en el usufructo. El 472 se ocupa de los frutos naturales é industriales. Los 473 á 475 de los frutos civiles.

I. *Frutos naturales é industriales.*—Ninguna duda cabe sobre el derecho del usufructuarío en los frutos percibidos, alzados ó separados.

Respecto á los pendientes, la regla es tan clara como natural. Los pendientes al empezar el usufructo corresponden al usufructuario; los pendientes al terminar el mismo, corresponden al propietario. Los frutos aun no nacidos, los que aun no aparecen en la tierra ó en el arbol, han de seguir la misma regla. La sentencia de 10 de Junio de 1865 establecía igual doctrina que el art. 472 en su primera parte.

No contiene el Código más definición sobre frutos percibidos que la del art. 451. De esta definición se deduce la de frutos pendientes, como aquellos nacidos ó aparentes pero aun no alzados ó separados. Con arreglo al art. 472, parece, pues, claro que sea cualquiera la causa de hallarse sin recoger ó separar los frutos, al no ser percibidos, pasan al usufructuario al principio, y al propietario al fin del usufructo. Pero, ¿podemos afirmar que es ese el sentido en que usa el art. 472 la frase *frutos pendientes?* Los frutos ya maduros, los que ya han debido recogerse, ¿son frutos pendientes? Con arreglo á los principios del Código en la materia, lo creemos indudable. Si, pues, al terminar el usufructo, por ejemplo, un caso de fuerza mayor hubiese impedido al usufructuario alzar ó separar los frutos, ¿corresponderán al propietario? No puede

desconocerse, á pesar del precepto del art. 472, que esta solución equivale á hacer responsable al usufructuario del caso fortuito, condenándole á la pérdida de los frutos por hechos completamente extraños é independientes de su voluntad. Si, pues, por su parte no hubo descuido ni negligencia alguna; si el hecho causa de la no percepción no pudo preverse, ó aun previsto, fuese inevitable, con arreglo al art. 1105 entendemos que es legal y justo que esos frutos pertenezcan al usufructuario, ó en su nombre á sus herederos.

Nada ofrece de particular la aplicación de estos principios á los frutos de los animales.

En cuanto á los productos fabriles, bien pueden considerarse frutos industriales y seguir igual criterio en su disfrute. Tal vez, por estimarlo así nuestro Código, que en su art. 472 casi copia el 2203 del código de Portugal, no hizo mención de tales productos, ni copió lo que consigna el art. 2204 del código citado. Según éste, los productos industriales ó fabriles no terminados al empezar el usufructo corresponden al usufructuario, sin obligación de abonar gasto alguno, y los no terminados al extinguirse el usufructo corresponden al propietario, con obligación de abonar al usufructuario ó á sus herederos ó representantes los gastos hechos con tal motivo.

Abono de gastos de cultivo.—Según el párrafo tercero del artículo 472, el usufructuario al comenzar el usufructo no tiene obligación de abonar al nudo propietario ninguno de los gastos hechos; en cambio, el propietario, al fin del usufructo, está obligado á abonar con el producto de los frutos pendientes los gastos ordinarios de cultivo, simientes y otros semejantes hechos por el usufructuario.

Esta desigualdad, que así aparece consignada también en el código de Portugal, no es aceptada en la mayoría de los códigos, ni existía en el proyecto de 1851. Lejos de eso, los artículos 480 del código italiano, 585 del de Francia y Bélgica, 977 del de Méjico y Campeche, y 1325 del de Guatemala, disponen que no procede abono alguno por gastos ordinarios de cultivo ni al principio ni al fin del usufructo.

Respeta el art. 472 la disposición del 356, al imponer al propietario que percibe los frutos el pago de los gastos hechos por el usufructuario para su producción y cultivo; pero se separa de dicha regla, al consentir que el usufructuario perciba frutos producidos por gastos que él no hizo ni debe abonar. Sin embargo, entendemos que la excepción es fundada.

No hablemos de la constitución del usufructo por prescripción, porque aquí, ó no hay cuestión, ó se refunde en la que pueda producir otro medio. El que en virtud de contrato constituye usufructo, entrega su finca al efecto en el estado que tenga, sin pensar en abono alguno de gastos, ó teniendo en cuenta esa circunstancia, pactando lo que guste. El que lo constitnye por testamento, también puede prever el caso, y aunque no lo prevea, el usufructuario será un heredero ó legatario con igual derecho al reintegro de gastos que los demás, no viéndose necesidad alguna de que abone gastos de cultivo, pues es lo más conforme á la voluntad del testador suponer que esos gastos van con el derecho (legado ó herencia), ni se observa en ello injusticia alguna.

Se dice que no ocurre lo mismo en los usufructos legales; pero es lo cierto que no se observa tampoco respecto á ellos nada que no sea natural. Desde luego, cuando se trata de una vinculación, no hay cuestión, porque los gastos aparecen hechos, tanto al principio como al fin del usufructo, por el mismo poseedor, que es el usufructuario. En el usufructo legal de los padres, el usufructo nace con la adquisición de los bienes, y sería tan anómalo el abono de gastos á los propios hijos, que no los habrán sufragado, como á un tercero que, al entregarlos, donarlos, etc. ya habrá tenido en cuenta esa circunstancia. El cónyuge viudo, no es más que un heredero; los gastos los hará el otro cónyuge: ¿sería justo que se descontasen ó exigiesen al usufructuario? Por último, en la dote inestimada, el constituyente de esa dote es el verdadero interesado, como si se tratase de un usufructo voluntario: ¿puede alterar algo la cuestióu el que, por virtud de la ley, los bienes pasen no sólo á la mujer, sino también en administración, más propiamente que en usufructo, al marido? Concluyamos, pues, que en ningún caso hace

falta que la ley imponga al usufructuario al principio del usufructo la obligación de abonar los gastos de cultivo.

Por regla general, en toda clase de usufructos, interviene al principio la voluntad del propietario. En cambio, termina de ordinario contra la voluntad ó las previsiones del usufructuario.

Conforme con el art. 472, dispone el 1680, que una vez disuelto el matrimonio, se prorratearán los frutos ó rentas pendientes entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, conforme á las reglas establecidas para el caso de cesar el usufructo.

En oposición con los que sostienen que es injusto abonar al usufructuario ó sus herederos, al fin del usufructo, gastos que no se abonan al propietario al principiar el mismo, varios comentaristas quisieran que, á semejanza de lo dispuesto en el art. 452, se hubiese dado además al usufructuario derecho á una parte proporcional del producto líquido de la cosecha, y aunque esto en absoluto pudiera encerrar alguna injusticia, hay verdaderamente casos en los que debiera ser procedente. Navarro Amandi dice: «De lo que sí resulta una injusticia, es de haber limitado la indemnización debida al usufructuario á los gastos ordinarios de cultivo, sobre todo en el caso de que se trate de frutos cuya madurez no se obtenga sino después de seis, diez ó doce años, como sucede, por ejemplo, con la corcha. Puede suceder que un usufructuario cuide y cultive durante varios años una finca, y por extinguirse el usufructo antes de haber extraído los frutos, nada perciban él ó sus herederos. Para que la ley descansase en verdaderos principios de justicia, sería necesario que se hubiese adoptado respecto de los frutos naturales é industriales la misma regla que consigna el art. 474 respecto de los civiles, esto es, que se entiendan percibidos día por día, y de consiguiente, pertenezcan al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo.» La justícia exige que cada uno participe de los frutos en proporción de su trabajo. Estas ideas nos parecen bien razonables; sería, en efecto, lo más justo reconocer al usufructuario en los frutos naturales é industriales un derecho análogo al que tiene en los frutos civiles.

El art. 472 se refiere al propietario al negarle el reintegro de

los gastos hechos al empezar el usufructo; pero puede ocurrir que esos gastos se hayan hecho por un tercero. En este caso no debe aplicarse la excepción, sino la regla general del art. 356. El que percibe los frutos, que es el usufructuario, estará obligado á abonar al tercero los gastos hechos por éste para la producción y cultivo de la cosa usufructuada, sin perjuicio de que si no llega á percibir los frutos, y los percibe el propietario, éste le indemnice lo que reintegró.

El último párrafo del art. 472 debe considerarse aplicable también á los frutos civiles, aunque así no se exprese, por lo cual le examinaremos después.

II. *Frutos civiles.*—Respecto á estos frutos, la regla es siempre la misma é igual á la del art. 451. En lo relativo al usufructo, esa regla se contiene en el art. 474: los frutos civiles se entienden percibidos día por día y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo.

Según esta regla, en toda clase de frutos civiles, sea cualquiera la forma de su percibo ó su importe alzado, debe hacerse una cuenta especial para averiguar el tanto diario que pueda corresponder si no fuese conocido de antemano; el mismo día que termine el usufructo cesa el derecho del usufructuario á esos frutos y desde entonces su percibo corresponde al propietario, así como el día que el usufructo empiece, comienza el derecho en el usufructuario. La proporción hay que establecerla con arreglo á la duración de los frutos civiles dentro de la del usufructo. Se constituye, por ejemplo, por el usufructuario un arrendamiento por ocho meses, dos meses antes de terminar el usufructo y cuatro después de empezar el año; no se crea que para calcular los derechos respectivos ha de establecerse una proporción con el tiempo total de la duración del usufructo, ni siquiera con la duración de éste en el año correspondiente. No hay más que saber el día que empieza ó el día que termina el percibo de los frutos civiles, dividir por días el importe total de los frutos civiles, rentas, intereses, pensiones, etc., y multiplicar el tanto diario por el número de días que ha durado el usufructo desde que empezó el derecho al percibo de esos frutos.

sin tener para nada en cuenta el tiempo en que no existieran frutos civiles. En el caso expuesto, el importe de dos meses ó sesenta días es lo único que corresponde al usufructuario: el importe de los seis meses restantes pertenece al propietario.

Pensiones periódicas, intereses de obligaciones, beneficios de una explotación, etc.—El art. 475 parece haber buscado de intento varios casos dudosos. Sin embargo, la regla es la misma, como expresa claramente el párrafo final. ¿A qué obedece entonces ese artículo? Era ciertamente innecesario, pero podía haber duda en el caso de tratarse de una renta ó pensión periódica, de intereses de obligaciones ó títulos al portador, ó de beneficios que diese una participación en una explotación industrial ó mercantil cuyo reparto no tuviese vencimiento fijo. Luego si hubiese vencimiento fijo, si los títulos fuesen nominales, representativos de créditos hipotecarios, etc., ¿qué regla aplicaremos? La cuestión no ofrece duda alguna; estos casos son más naturales y sencillos: siguen la misma regla que los demás.

Cuando los frutos ó rentas se perciban con irregularidad, por consistir en participaciones en empresas ó negocios que á veces nada producen y en otras ocasiones producen mucho, hay, pues, que aplicar la regla del art. 474 como á beneficios sin vencimiento fijo, puesto que aunque el producto se perciba de una vez antes ó después de terminar el usufructo, no sería justo que en total se adjudicase á una de las partes, procediendo el reparto proporcional como si se hubiesen percibido día por día. En cada caso habrán de tenerse presentes las condiciones estipuladas ó impuestas como aclararemos con algunos ejemplos.

Se constituye usufructo vitalicio sobre una fábrica de azúcar ó de aguardientes ó de conservas que está arrendada, consistiendo la renta en una cantidad en metálico proporcional á los beneficios de *cada año*. Por diversas causas la fábrica no produce utilidades en los cuatro primeros años, y en el quinto hay una ganancia de 6.000 pesetas; pero el usufructuario muere en el mes de Agosto. Sería anómalo que si esos beneficios se cobrasen en Julio, fuesen todos para el usufructuario, y si se cobraran en Septiembre, todos

para el propietario, porque esto equivaldría á aplicar la regla de los frutos industriales ó naturales, y no la de los frutos civiles. Puesto que el beneficio había de calcularse por años, habrán de considerarse esas 6.000 pesetas como utilidades del año y adjudicarse á los herederos del usufructuario lo que corresponda á los días que en dicho año vivió.

Si la renta consistiese en una cantidad en metálico proporcional á los beneficios de la fábrica *en el tiempo total* de la duración *del arriendo*, la regla, á pesar de ser la misma, se aplicaría con relación á ese tiempo total, y no un año. Así, pues, habría que esperar á la terminación del contrato. Ganancia ó renta total, 25.000 pesetas; tiempo, diez años; duró el usufructo, 5; mitad para el usufructuario y mitad para el propietario, aunque al morir aquél no existiera aun utilidad alguna ó se hubiera obtenido ya toda ella.

Puede establecerse, por lo tanto, para todos los casos la siguiente proporción:

Total de la renta, frutos, intereses, beneficios, etc., *es* al total en días del plazo á que corresponde esa renta ó esos beneficios, *como X* (frutos civiles que debe percibir el usufructuario) es á la duración del usufructo dentro de ese plazo. Si el plazo es mayor de un año, puede sacarse primero la cuenta del año ó años, y luego la de los días. No creemos necesario ni podemos descender á más pormenores.

Por lo demás, si en los casos expuestos el usufructuario utilizase por sí mismo la fábrica, percibiría sus productos ó el valor de éstos, por las reglas del art. 472, referentes á los frutos industriales.

La parte que pasa al *fondo de reserva* de una sociedad, para invertirla en determinados objetos ó con distinto fin, aunque después se distribuya entre los socios, ¿constituye frutos civiles? caso de serlo, ¿tendrá derecho el usufructuario ó sus herederos á la parte que pudiera tocarles en repartos posteriores á la terminación del usufructo? Son frutos, puesto que son ganancias del capital empleado. Parece lógico, que siendo frutos del tiempo en que existía el usufructo, deba tener á ellos derecho el usufructuario ó sus he-

rederos. Sin embargo, el fondo de reserva tiene un fin especial y á las bases, reglas ó estatutos de la sociedad debe atenderse principalmente. Los frutos civiles citados, puesto que son reservables para algo, pertenecen más bien á la entidad moral que á sus individuos, y los repartos ó dividendos que el usufructuario pueda perder, serán compensados con otros que puede percibir de tiempos anteriores, siendo difícil la separación atendiendo á la época del ingreso en el fondo social. Tal vez por esto, la *Cour* de París, en 27 de Abril de 1827, y la *Cour* de Bruselas, de 22 de Marzo de 1854, fallos citados por Navarro Amandi, declararon que los usufructuarios no tenían derecho alguno á los dividendos repartidos con posterioridad al usufructo ó terminación de éste en los casos expresados.

El contrato de *renta vitalicia* se rige por los artículos 1802 y 1808, y en él se modifica algo la doctrina referente á frutos civiles; pues según el 1806, la renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta, se pagará en proporción á los días que hubiese vivido; si debía satisfacerse por plazos anticipados, *se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado á correr.*

Frutos civiles procedentes de arrendamientos constituídos por el usufructuario.—El art. 473 es otro caso de aplicación del 474, y ciertamente nada dudoso. Verdadera inconsecuencia existe al estar colocado dicho artículo antes que su regla, y antes del 480, que faculta al usufructuario para arrendar; defecto que resalta más por ser innecesario el precepto. Como dice un notable comentarista, el art. 473 nos enseña anticipadamente que el usufructuario puede arrendar los bienes usufructuados, y que el arrendamiento puede subsistir aun después de extinguirse el usufructo; disposición conforme con las de los artículos 480, 1571 y 1577.

Sin duda, por si alguien suponía que en ese caso anormal en que un derecho constituído por el usufructuario dura más que el derecho mismo de usufructo, el importe de la renta debía pertenecer al constituyente del arrendamiento ó sus herederos, y no al propietario, que ni era heredero ni nada pactó, el art. 473 declara con

buen acuerdo que el usufructuario ó sus herederos sólo percibirán la parte proporcional de la renta que debiera pagar el arrendatario, dividiéndose como frutos civiles ó como si el usufructo se hubiera constituído sobre esa renta.

Poco importa que la renta en el arrendamiento, ó la pensión en los censos, ó los intereses en los préstamos, se abonen en especies ó en metálico, pues siempre han de considerarse frutos civiles.

Aparcería.—Pero hay una forma especial de constitución de arrendamiento, que se denomina aparcería, y consiste en dividirse los frutos ó productos de la cosa en determinada proporción entre el arrendador y el arrendatario. Sea la aparcería agrícola, pecuaria ó industrial, en los arrendamientos de esta clase constituídos por el usufructuario, éste percibe las utilidades de la finca como si la cultivase por sí mismo, y esas utilidades no pueden propiamente considerarse como frutos civiles, sino que deberán á este caso aplicarse las reglas referentes á los frutos naturales ó industriales. Según el art. 1579, dicho arrendamiento se rige por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, ó en su defecto por la costumbre de la tierra.

Censo enfitéutico cuya pensión consiste en una parte alícuota de los frutos.—En este caso ocurre lo mismo que en el anterior. Si el usufructo se halla constituído sobre el derecho de censo enfitéutico cuya pensión se abone en esa forma, las reglas son las de los frutos naturales é industriales, puesto que, según el art. 1630, debe el enfiteuta dar aviso al dueño directo (aquí al que disfruta ese derecho) del día en que se proponga comenzar la recolección de cada clase de frutos, á fin de que pueda presenciar todas las operaciones hasta percibir la parte que le corresponda. En los censos reservativo y consignativo no puede presentarse este caso, por no consentir tal forma los artículos 1657 y 1663.

III. *Reglas aplicables á toda clase de frutos.*—Según el último párrafo del art. 472, lo dispuesto en dicho artículo (y lo mismo en el 474), no perjudica los derechos de tercero adquiridos antes de comenzar ó de terminar el usufructo. El principio es tan racional, que habría que admitirlo aunque no se expresase. Ni la ley al

constituir un usufructo, ni los particulares al establecerlo por su voluntad, pueden prescindir de los derechos de un tercero sobre la misma cosa, ni disponer de lo que á otro pertenece. Se respetan, porque es forzoso hacerlo así, los derechos nacidos de un censo, una servidumbre, un arrendamiento, etc.

El comprador del derecho de usufructo sobre una finca arrendada, ¿podrá usar de la facultad concedida en el art. 1571, de despedir al arrendatario? No, puesto que se trata de derechos de un tercero, que deben subsistir hasta que espire el plazo del arriendo. Así se deduce del párrafo que examinamos y del art. 1572, que al negar esa facultad al comprador con pacto de retro, excluye con mayor razón á todo el que no tenga la libre disposición de la cosa.

Las prescripciones de la ley Hipotecaria pueden modificar la doctrina en lo referente á terceros. D., dueño de una finca, constituye sobre ella un censo consignativo ó una servidumbre á favor de C. Después, por contrato, constituye usufructo sobre la misma finca á favor de U., que inscribe su título. Si C. no inscribió, y en el título de U. no se hizo constar la servidumbre ó el censo, U. disfrutará la finca como libre de esas cargas, porque en virtud del art. 23, su título inscrito perjudica á C., y en cambio el título de éste, por no constar inscrito, no puede perjudicar á aquél. Si C. inscribió, U. tendrá que pagar la pensión del censo ó respetar el uso de la servidumbre.

Por muerte del usufructuario, ¿corresponderán en algún caso los frutos á sus herederos?—Propone esta cuestión algún comentarista y la resuelve negativamente, porque según el segundo párrafo de la primera parte del art. 1257, en el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, ó por su naturaleza, ó por pacto, ó por disposición de la ley, sólo producen efecto entre las partes y no pasan á los herederos. Siendo el usufructo intransmisible por su naturaleza, puesto que el artículo 513, núm. 1.°, dice claramente que ante todo y en primer término se extingue por muerte del usufructuario, *y sin necesidad de que concluya* el plazo porque se estableció, se cumplió la condi-

ción á que se hubo sometido, ó concurran los demás casos que sucesivamente preve dicho artículo, es evidente, afirman, que los frutos no corresponden en caso alguno á los herederos.

La cuestión está mal planteada, así es que su resolución abarca mucho más de lo que se pide. Si previamente se considera sólo como usufructuario aquel cuya muerte se supone, negando ese carácter á los herederos, la cuestión se resuelve por sí misma, porque es claro que sólo el usufructuario tiene derecho á percibir los frutos. Si, como parece indicar la solución, se quiere preguntar si en algún caso tendrán los herederos del que contrató como parte el carácter de usufructuarios, sentimos separarnos del parecer de tan notables comentaristas.

Para la aplicación del art. 1257, en la parte transcrita, es de esencia justificar que el derecho de usufructo es intransmisible. Y considerar desde luego como intransmisible un derecho que puede ser enajenado ó transmitido por el usufructuario, con arreglo al art. 480, nos parece un poco violento.

El usufructo es el derecho de disfrutar los bienes ajenos, pero no en relación á la vida de una persona. El usufructo es por regla general vitalicio, pero no es de esencia que lo sea. El art. 513 no dice que el usufructo se extinguirá *siempre* por muerte del usufructuario, cualquiera que sea la forma de su constitución, como afirman esos comentaristas, y que, *caso de no morir*, se extinguirá al espirar el plazo, al cumplirse la condición, etc.; sólo dice que *uno* de los modos de terminar el usufructo es la muerte del usufructuario. El art. 513, como el 460, como el 546 y otros, señala varios modos, no aplicables los unos á falta de los otros, los posteriores sólo en defecto de los anteriores, sino pertinentes cada uno de ellos con independencia y en los respectivos casos á que hacen relación, salvo cuando alguno, como la pérdida de la cosa, haga imposible la continuación del derecho. Esta regla tendrá sus excepciones cuando se escoja una persona por sus condiciones especiales, como en la sociedad, como en el mandato; pero no es excepción el usufructo, á menos de pactarse que sea vitalicio ó no determinarse la duración. Cuando se concede el disfrute por diez

ó veinte años, ó por la vida del constituyente ó de un tercero, no se atiende á las especiales condiciones del usufructuario y hay que respetar la voluntad. Cuando se vende el usufructo, se atiende al precio. El usufructo vitalicio se extingue por la muerte; el constituído por cierto plazo, al espirar éste, etc. Si, pues, el usufructo se constituye por diez años en virtud de contrato ó donación, y al año de constituirse muere el cesionario, ¿por qué ha de extinguirse el usufructo sin esperar á los diez años que pactaron las partes, siendo así que el núm. 2.° del art. 513 declara que ese usufructo termina al expirar el plazo? Los herederos del cesionario pasarán á ser usufructuarios sin que esto altere en nada la naturaleza del usufructo, ó sin que la naturaleza de éste se oponga en lo más mínimo á esa natural consecuencia.

Cuando el usufructo era realmente intransmisible; cuando el disponer de él era causa de la pérdida del derecho, la sentencia de 13 de Abril de 1861 admitía la doctrina que sostenemos. Rechazarla ahora que el usufructo es un derecho enajenable, nos parece un absurdo.

ARTÍCULO 476

No corresponden al usufructuario de un predio en que existen minas los productos de las denunciadas, concedidas ó que se hallen en laboreo al principiar el usufructo, á no ser que expresamente se le concedan en el título constitutivo de éste, ó que sea universal.

Podrá, sin embargo, el usufructuario extraer piedras, cal y yeso de las canteras para reparaciones ú obras que estuviere obligado á hacer ó que fueren necesarias.

ARTÍCULO 477

Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, en el usufructo legal podrá el usufructuario explotar las minas denunciadas, concedidas ó en laboreo, existentes en el predio, haciendo suya la mitad de las utilidades que resulten después de rebajar los gastos, que satisfará por mitad con el propietario.

ARTÍCULO 478.

La calidad de usufructuario no priva al que la tiene del derecho que á todos concede la ley de Minas para denunciar y obtener la concesión de las que existan en los predios usufructuados en la forma y condiciones que la misma ley establece.

I

CONSIDERACIONES GENERALES

Cuestión debatida es la del usufructo de las minas, y á ella dedica el legislador los artículos 476 al 478. Después de leídos con atención, podemos preguntar: ¿en qué consiste ese usufructo? ¿queda prohibido en algún caso?

Se ha dicho que el legislador trata de soslayo esta cuestión, al hablar de los derechos del usufructuario, debiendo estar colocados los artículos 476 y 477 entre las reglas generales del usufructo. Error profundo: el legislador da por existente el usufructo de las minas, y legisla sobre derechos del usufructuario en determinados casos que se relacionan con ese usufructo, como legisla sobre el usufructo de viñas, montes, acciones, etc.; pero nada fundamental resuelve. Separa el suelo del subsuelo, conformándose con la doctrina del art. 5.° del decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868, y dice en el art. 476 lo que era lógico y natural, que el usufructo del suelo no lleva, no puede llevar consigo, por regla general, el usufructo del subsuelo. Esto es todo. A lo más, puede afirmarse, en vista de lo que dispone el art. 477, que encuentra el Código la cuestión tan dudosa, que no sabiendo separar el aprovechamiento de la disposición en las minas, concede la mitad de las utilidades que resulten al usufructuario, y la otra mitad al nudo propietario.

Los artículos 476 al 478 puede decirse que se ocupan de cuándo procede ó no la extensión del usufructo á las minas existentes en la finca usufructuada.

Si disfrutar es percibir frutos, la mina no da frutos: da su pro-

pia sustancia, el mineral, que es la mina misma. Pero disfrutar á veces es más que eso, y á veces no puede ser tal cosa, á menos de admitir que el usufructo sólo puede recaer en cosas que segreguen ó produzcan frutos. La casa que habita el usufructuario no produce frutos; el mobiliario se gasta por el uso; las cosas fungibles se consumen, y el Código, observando que, aunque se altere ó destruya la sustancia de las cosas, esto es inherente á su naturaleza, porque no pueden usarse de otro modo, admite el usufructo hasta de los bienes fungibles. ¿Cómo había de negar el usufructo de las minas?

Pero, ¿en qué consiste este usufructo? El Código expresa cómo ha de entenderse en los usufructos legales, exponiendo una regla, rara tal vez, pero regla al fin. En los usufructos voluntarios, con arreglo á los artículos 467, 470 y 476, la voluntad de las partes es ley; si éstas quieren que el usufructo consista en extraer mineral y aprovecharlo, si prefieren el sistema del art. 477, si adoptan otro cualquiera, nada se opone á su voluntad. Pero cuando, siendo el usufructo voluntario y recayendo en las minas, sea ó no universal, la voluntad de las partes nada resuelva, habrá de seguirse la doctrina de las sentencias de 7 de Mayo de 1879, 27 de Diciembre de 1883, 1.º de Diciembre de 1884 y 30 de Marzo de 1892.

Según estas sentencias, el usufructo de las minas consiste en la percepción de las utilidades que por las transformaciones industriales y mercantiles á que se les destine produzcan los metales ó los minerales extraídos. No creemos pueda interpretarse de otro modo la presunta voluntad del constituyente, cuando nada expresa sobre concesión de mayores facultades al usufructuario. Recobra su imperio la regla general del art. 467: no puede alterarse la forma ni la sustancia de la cosa.

Ya expusimos en los artículos 426 y 427 la legislación vigente sobre minas.

La denuncia de la mina, á que se refieren los artículos 476 al 478, no puede ser otra que el parte ó conocimiento que de su existencia se da á la autoridad gubernativa, la solicitud de que habla el art. 15 del decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868. Innece-

sario nos parece expresar lo que son minas concedidas y minas en explotación ó laboreo.

La mina no es más que el mineral. Los artículos 2.° al 4.° del citado decreto-ley dividen las sustancias minerales para su *aprovechamiento* en tres secciones ó clases: 1.°, los materiales de construcción, cuyo conjunto forma las canteras (cal, yeso, arenas, pizarras, granitos, etc.); 2.°, los placeres, arenas ó aluviones metalíferos, los minerales de hierro, de pantanos, el esmeril, ocres y almagras, las turberas, tierras piritosas, aluminosas, etc.; 3.°, los criaderos de las sustancias metalíferas, la antracita, hulla, lignito, asfalto y betunes, petróleo, grafito, azufre, piedras preciosas, etc.

Las sustancias de la primera clase que estén en terrenos de propiedad particular, son desde luego del dueño de éste; las de la segunda sección pueden ser explotadas por el propietario sin gravamen alguno, y si no las explota. serán objeto de concesión á un tercero que lo solicite; las sustancias de la tercera clase sólo pueden explotarse en virtud de concesión mediante el pago de un canon, sin que el dueño del suelo tenga, respecto á ellas, preferencia alguna. En caso de incompatibilidad entre el dueño del suelo y el del subsuelo, se procede á declarar de utilidad pública la concesión y á expropiar el terreno necesario.

Nótese que, después de todo, el concesonario de una mina, el que se llama dueño de ella, viene á ser un mero usufructuario, cuyo derecho consiste en aprovechar por sí ó por otro el mineral, y que cuando éste se agota, explote por sí ó por un tercero, ya éste se llame usufructuario ó cualquier otra cosa, la mina se extingue, como si, tratándose de otro objeto, pereciera ó dejara de existir. El disfrute excluye la disposición de lo ya disfrutado, como la disposición excluye el disfrute: hechos irremediables por la naturaleza misma del objeto de propiedad.

Trataremos ahora de explicar el contenido de los artículos 476 á 478, tomando, como hemos visto, un punto de partida distinto al de casi todos los comentaristas.

II

USUFRUCTOS VOLUNTARIOS.—EXTENSIÓN Á LAS MINAS EXISTENTES EN LAS FINCAS USUFRUCTUADAS

Por regla general, el usufructo de un predio no se extiende á las minas existentes en el subsuelo del mismo, lo cual no obsta, como dejamos dicho en las *Consideraciones generales,* á la posibilidad de la constitución voluntaria del usufructo *directamente* sobre esas mismas minas ó sobre otras que correspondan á distintas fincas.

Esta regla tiene dos excepciones:

Primera. Cuando el usufructo sea universal. Es usufructo universal, el constituído sobre la totalidad de un patrimonio, sobre el conjunto de bienes y derechos de una persona, al cual se refieren los artículos 506, 508 y 510. En este caso, perteneciendo las minas al constituyente, como una parte de sus bienes, claro es que el usufructo las comprende, no como una extensión del usufructo de la finca en que estén, sino como una parte de la universalidad, por lo cual, aunque las minas radiquen en fincas de un tercero, entran también en el usufructo. ¿Cómo se disfrutarán? Ya hemos dicho nuestra opinión en las *Consideraciones generales.*

Segunda. Cuando el título constitutivo conceda expresamente al usufructuario los productos de las minas existentes en el predio, y denunciadas, concedidas ó en laboreo al empezar el usufructo. En este caso, tampoco hay propiamente extensión de la finca á la mina, del aprovechamiento del suelo al del subsuelo, sino constitución especial de usufructo sobre la mina.

Véase, pues, cómo todos los aplausos que algunos comentaristas tributan al legislador por no permitir, por regla general, el usufructo de las minas, parten de un error manifiesto, porque es precisamente lo contrario. El Código consiente *siempre* el usufructo de las minas, como lo prueba el art. 477 y las dos excepciones examinadas; excepciones que se refieren, no á una regla prohibitiva de usufructuar las minas, sino á una regla prohibitiva de que, constituído el usufructo sobre un predio, se entienda que se extien-

de á las minas existentes en el mismo. Por consiguiente, el usufructo expreso de las minas se permite siempre; lo que no se tolera sin esa expresión, es el usufructo tácito, la extensión al subsuelo como si fuese un accesorio de la superficie. Creemos interpretar acertadamente la idea del legislador.

Lo que puede no ser expreso es el modo como ha de entenderse el usufructo de la mina. Pero esto ha de interpretarse en armonía con el art. 467; las partes no han dispuesto otra cosa en contrario, luego no pueden alterar la forma ni la sustancia de la cosa usufructuada.

Minas denunciadas después de empezar el usufructo.—Ninguna duda cabe en cuanto á la aplicación del art. 476 al caso en que la mina se halle siquiera *denunciada* (se entiende, por el dueño) al empezar el usufructo. Pero ¿y si la denuncia se hace después? La denuncia puede hacerla un tercero, el dueño ó el usufructuario.

Primero. Si la denuncia la hace un *tercero* y obtiene la concesión, este caso, dada la independencia del suelo y del subsuelo, no obsta al usufructo; pero puede traer una dificultad por la imposición de una servidumbre sobre la finca ó la expropiación por causa de utilidad pública. Si la expropiación comprende toda la finca, se aplicará el art. 519, que preve este caso. Si comprende sólo parte de ella ó la imposición de una servidumbre, en sustitución de lo perdido se paga una indemnización *al propietario*; indemnización que constituye un capital, cuyos intereses corresponden de derecho al usufructuario. Por si este principio tan natural y lógico hubiera repugnancia en admitirlo, ahí están los artículos 518 y 519 que se inspiran en el mismo criterio: ¿qué más da que la indemnización represente el todo ó una parte de lo que se usufructúa? Preferimos esta solución á la que aceptan otros comentaristas, aplicando injustamente el art. 514, ó con alguna violencia el 489. En nuestra opinión, hay que inspirarse en el art. 519.

Segundo. Si el *usufructuario* hace la denuncia y obtiene la concesión, él será propietario en cuanto á la mina, en virtud de un derecho perfecto que reconoce el art. 498, sin perjuicio del pago de la indemnización que en su caso corresponda.

Tercero. Si la denuncia de la mina existente en el predio se hace por el *nudo propietario* en las sustancias de la tercera clase, ó dicho dueño, por su preferente derecho, quiere explotar las sustancias de la segunda clase, entendemos que hay que respetar ante todo y sobre todo el principio de la independencia del suelo y del subsuelo. El propietario adquiere una cosa nueva y distinta, y no sería justo que lo que él adquiere pasase como una especie de accesión á un tercero, el usufructuario, bajo el inadmisible supuesto de que ésa era la voluntad presunta del dueño. Si se constituye el usufructo por cierto precio, ¿cómo suponer que luego, porque sí, se regalen las utilidades de una mina en que no se pensó? Si se constituyó en testamento, el nudo propietario será un heredero ó legatario, y si quiere utilizar el subsuelo ú obtiene su concesión, no se concibe que pueda ser por el mero gusto de que lo disfrute el usufructuario. En nuestra opinión, al negar la ley que al usufructuario correspondan los productos de las minas denunciadas, concedidas ó en laboreo, que existan en el predio al principiar el usufructo, caso en el cual el suelo y el subsuelo habían sido ya unidos y se aprovechaban como una sola cosa, ó no dice nada sobre el caso contrario, en que nacen después derechos distintos respetando lo que es lógico y natural, ó si algo hace, es confirmar lo que hemos expuesto, por no creer que pueda haber duda más que en el caso de estar ya, por lo menos, denunciada la mina cuando el usufructo empezó. Si aun entonces no hay derecho á los productos, con mayor razón no lo habrá tampoco en las que se denuncien después.

Las bases para la solución no pueden ser más que éstas: el subsuelo no es un accesorio del suelo, es independiente de él; el propietario, en sus derechos sobre el subsuelo, es un extraño respecto al usufructuario: éste no puede alegar derecho alguno á las minas.

El dueño no ha de pagarse á sí mismo indemnización; pero debe indemnizar al usufructuario por los perjuicios que la explotación de la mina le proporcione, en virtud de lo dispuesto en el artículo 489, que en tales circunstancias sí será aplicable, por intervenir la voluntad del dueño.

Extracción de piedra, cal y yeso de las canteras.—El usufruc-

tuario podrá siempre, según el párrafo segundo del art. 476, extraer piedras, cal y yeso de las canteras, para reparaciones ú obras que estuviere obligado á hacer ó que fuesen necesarias, ó lo que es lo mismo, el usufructo se extiende siempre á esas materias en la parte necesaria al objeto que se indica.

Como en la palabra piedras van incluídas las silíceas, las pizarras, areniscas ó asperones, granitos y basaltos, y como no hay razón para excluir las arenas y tierras arcillosas, entendemos que el Código permite la extracción de todas las sustancias de la primera clase comprendidas en el art. 2.° del decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868. El Estado las cede siempre al dueño de la superficie, y como es lógico y natural, mientras dure el usufructo se aprovechan por el usufructuario, pero con una condición que tiende á que no se perjudique para lo futuro el derecho del dueño: el usufructuario solo puede aplicar esos materiales á las reparaciones que está obligado á hacer ó á las obras que fuesen necesarias. La utilidad recae, por tanto, también en favor del propietario, porque esas obligaciones de reparos ú obras sólo pueden referirse á las mismas fincas usufructuadas. El usufructuario no puede extraer cal, piedra ó yeso para otras fincas de su propiedad. Las reparaciones ú obras de que habla el art. 476 deben ser las ordinarias á que se refiere el art. 500.

No obstante, el derecho de extraer esos materiales puede haberse concedido á un tercero antes de empezar el usufructo y tener que respetarse ese derecho, por analogía con lo preceptuado en el último párrafo del art. 472. Teniendo en cuenta que el derecho del usufructuario es condicional y privilegiado, así como si en el predio no hubiera yeso, cal ó piedras, no podría exigirse, entendemos que cuando la extraccion como derecho corresponda á un tercero, bien podría admitirse que la solución era la misma, porque si bien existen esos materiales, no pueden extraerse por el usufructuario. Reconocemos, no obstante, como equitativo, que al llegar el caso de reparaciones ordinarias, y no antes, ni en ninguna otra circunstancia, el valor de los materiales necesarios, en cuanto existan en la finca, se saque de la cantidad que por la extracción

abone ó pague un tercero. Ya sabemos que los actos de mera tolerancia del dueño no afectan á la posesión, por lo que el que extraiga cal, piedra ó yeso solo por virtud de licencia ó permiso, no tiene adquirido derecho alguno. También sabemos que el título constitutivo puede modificar el precepto legal.

III

USUFRUCTOS LEGALES.—EXTENSIÓN Á LAS MINAS EXISTENTES EN LAS FINCAS USUFRUCTUADAS

La ley, puesto que á ella corresponde determinar en los usufructos legales la forma de aprovechamiento en los mismos de los objetos usufructuados, muestra su criterio, respecto á las minas, en el art. 477. El usufructuario legal puede explotar las minas denunciadas, concedidas ó en laboreo existentes en el predio, haciendo suya la mitad de las utilidades que resulten después de rebajar los gastos, que satisfará por mitad con el propietario.

¿A qué utilidades se refiere el art. 477? Creemos que á todas: el mineral mismo vendido, transformado, utilizado en cualquier forma. El propietario tiene derecho á la mitad de los productos, el usufructuario tiene derecho á la otra mitad, abonando cada uno de ellos la mitad de los gastos. De otro modo, del producto en bruto se rebaja el importe de los gastos, repartiéndose por mitad el producto ó las utilidades líquidas. Los gastos serán el pago del canon en las sustancias de la tercera clase, las expensas relativas á la explotación, y en su caso, los gastos del expediente de concesión. No hay que olvidar que se trata de minas *existentes en el predio*, por lo cual no siempre será necesaria concesión ni pago de canon.

La aplicación de estos preceptos no ofrece dificultad. En el usufructo legal concedido á los padres ó al marido, éstos son usufructuarios y administradores. Si pues el hijo, por título lucrativo, ó la mujer como dote inestimada, obtienen una finca en la que exista una mina, mina y finca son administradas por el padre ó el marido, y sus utilidades son para él y sus hijos ó su mujer: todo queda en la familia y no se lesiona derecho alguno.

Respecto al usufructo del cónyuge viudo, consiste en una cuota determinada, de la que no puede pasar, pudiendo los herederos asignarle, según el art. 838, una renta vitalicia ó los productos de determinados bienes ó un capital efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, ó en su defecto, por virtud de mandato judicial. Síguese de aquí, que cabe modificar lo dispuesto en el art. 477, por no caber en la cuota el aprovechamiento de la mina, ó convenir algo distinto; pero si así no ocurre, ya se tendrá en cuenta el valor de la mina que la ley quiere que se incluya en el usufructo del predio.

Pero la mina puede constituir el subsuelo de una *propiedad ajena* y formar parte de los bienes sobre que recaiga un usufructo legal ¿Qué derechos tendrá entonces el usufructuario? El art. 477 no lo dice; pero creemos que el aprovechamiento debe hacerse en igual forma, porque ese es el criterio legal.

Minas denunciadas después de empezar el usufructo.—Surge, respecto á los usufructos legales, la misma cuestión ya tratada en los usufructos voluntarios. El art. 477 habla de minas denunciadas, concedidas ó en laboreo, ¿se refiere, como el art. 476, á las existentes en el predio al empezar el usufructo ó también á las que se denuncien después y se cedan ó concedan al propietario? Aquí la ley no distingue, y no podemos distinguir: el legislador muestra, al contrario que en el art. 476, su criterio favorable á la *extensión* del usufructo desde la finca á la mina existente en la misma, de donde debemos deducir que, en todo caso, el usufructuario legal podrá aprovechar esas minas en la forma que se indica. Sin embargo, la naturaleza del usufructo á favor del cónyuge viudo, no puede amoldarse á esta solución; su cuota se hallará representada por el valor del suelo, por ejemplo; y si se aumenta con el valor del subsuelo durante el usufructo, ya no será la que legalmente le corresponda percibir.

Si la denuncia se hace por un tercero ó por el mismo usufructuario, se seguirán las reglas antes expresadas. Si la hace el nudo propietario, que es el verdadero caso de aplicación del art. 477, no procederá indemnización alguna al usufructuario.

IV

DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO PARA DENUNCIAR Y OBTENER LA CONCESIÓN DE MINAS

Innecesaria era la declaración del art. 478, pues es claro que el usufructuario puede denunciar y obtener la concesión de minas existentes en el predio ó fuera de él, antes ó después de empezar el usufructo, lo mismo que otra persona cualquiera. Lo que la ley quiere expresar, sin duda, es que no por ser usufructuario disfruta ú obtiene preferencia alguna. En las sustancias de la tercera clase, un tercero cualquiera que anticipe su solicitud, es preferido al usufructuario como al dueño. En las de la segunda, es preferido el nudo propietario, y en su defecto, el primero que denuncie la mina, sea ó no usufructuario.

Pero cuando éste sea el concesionario, pasa á ser propietario de la mina, y tendrá que avenirse con el propietario del terreno acerca de la extensión que necesite ocupar para almacenes, talleres, depósitos de escorias ó escombros, instalación de máquinas, etc.; porque al fin al dueño del terreno volverá éste mientras la mina pasará á los herederos del usufructuario. Si para llegar al filón hay necesidad de romper el suelo y ocupar una parte de la superficie, y por no haber avenencia se impone la expropiación forzosa, dada la independencia del suelo y del subsuelo, el usufructuario abonará al propietario, *al terminar* el usufructo, la indemnización que corresponda. Véanse los arts. 970 del código de Méjico y 1327 del de Guatemala, que preven este caso y lo resuelven en la forma expresada.

El art. 2213 del códígo de Portugal, concede al usufructuario el derecho á la busca de aguas ó abonos minerales para aplicarlos á las respectivas fincas, además del de extracción de piedras, reconocido en el art. 476 del nuestro.

Concuerdan también los artículos de que nos hemos ocupado con el 598 de los códigos de Francia y Bélgica; 494 del de Italia; 784 del de Ohile, y 2866 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 479

El usufructuario tendrá el derecho de disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga á su favor, y en general de todos los beneficios inherentes á la misma.

El art. 479 comprende una doctrina que marca bien el carácter del usufructo. Todos los derechos que pueden corresponder al dueño en relación con su facultad de gozar, corresponden al usufructuario mientras dura el usufructo. Las accesiones, las servidumbres, todos los beneficios inherentes á la cosa usufructuada.

Accesiones.—La propiedad de los bienes, dice el art. 353, da derecho por accesión á todo lo que ellos producen ó se les une ó incorpora, natural ó artificialmente. De lo relativo á los productos de la cosa usufructuada tratan los artículos 471 al 475; el 479 se refiere á las otras clases de accesión.

Supongamos unidas las facultades de disponer y de gozar. Toda clase de accesión en bienes muebles ó inmuebles, sea natural ó artificial, aprovecha al dueño, ya se conozca con el nombre de edificación ó de siembra, isla, aluvión, adjunción, etc. En las cosas unidas ó incorporadas cabe la misma distinción de facultades: el dueño goza mientras conserve ésta facultad; pero constituído usufructo, ¿qué manda la lógica? ¿que el que dispone goce de la accesión, sea cualquiera su forma? No tal, al contrario: el goce del aumento que recibe la cosa por accesión debe ser para el que tiene la facultad de gozar de lo principal. Esto en nada se opone al principio de que, en definitiva, ese aumento es para el propietario, quien dispone mientras no goza, y gozará cuando á él vuelva la facultad de gozar.

Por consiguiente, tenemos por cierto, y más teniendo en cuenta el criterio expansivo en que se inspira el art. 479, que en las palabras «el usufructuario tendrá el derecho de disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada», se comprenden to-

das las especies ó formas posibles de accesión que den por resultado la adquisición de lo que se une ó incorpora.

No es este el criterio que domina en todos los Códigos. El artículo 596 de los códigos de Francia y Bélgica, por ejemplo, sólo concede al usufructuario derecho al aumento que reciba la finca por aluvión. En nuestra patria, la ley 30, tít. 28, Partida 3.ª, parece inspirarse en la misma idea y excluye expresamente la isla, «mas la parte de isla é el vsofruto della pertenece á aquel cuya es la propiedad de la heredad», sin que se entienda «que deue auer ninguna parte en la isla aquel que ouiesse el vsofruto en la heredad que estouiesse en la ribera». Después añade que el aumento por aluvión se disfruta por el usufructuario.

El art. 479 tuvo á la vista este precedente, y sin embargo no le siguió; ¿qué prueba esto? Que con más lógica quiso establecer la regla sin excepciones. Si hay casos en que el usufructo resulta extraño, es precisamente cuando la accesión resulta también algo anómala; pero lo que puede disfrutar el dueño cuando dispone y disfruta, ¿porqué no ha de gozarlo el usufructuario, si el fundamento en ambos casos es idéntico? Es natural que el usufructo de lo principal se extienda á lo accesorio; si en algún caso, como en el de la isla, esto parece raro, es porque es impropio considerar la isla como un accesorio.

El art. 1877, al tratar de la extensión de la hipoteca, sólo se refiere á las accesiones naturales, que, por cierto, con tal nombre no se conocen en el Código. Inútil es buscar limitación en el art. 479 por decir *aumento* que reciba la cosa. La accesión siempre produce aumento. Lo que resulta claro en ese artículo es que á toda accesión y á todo aumento se refiere.

Servidumbres.—Las servidumbres están establecidas sobre una finca, y por regla general, en beneficio de otra. Claro es que la ley se refiere al usufructuario del predio dominante; el disfrute de éste lleva naturalmente consigo el disfrute de la servidumbre, pues la servidumbre separada del predio dejaría de ser útil y ningún beneficio podría reportar al mero propietario. El usufructuario del predio dominante goza, pues, de las luces y vistas establecidas en

favor de la finca, del paso por las veredas de la heredad ajena, del derecho de acueducto, abrevadero, etc.; en suma, de todas las servidumbres constituídas en favor del predio que disfruta.

Otros beneficios.—Todos los beneficios inherentes á la cosa se disfrutan por el usufructuario. Figuran en primer término en este grupo todas las ventajas que pueda proporcionar ó de que sea susceptible la cosa por su propia naturaleza. También como beneficios especiales pueden señalarse los derechos de caza y pesca.

El art. 14 de la ley de Caza, dice expresamente: «Cuando el usufructo se halle separado de la propiedad, ó la finca esté concedida en enfitéusis, el derecho de cazar corresponde al usufructuario ó enfiteuta».

La misma atribución ha de entenderse comunicada al usufructuario para ejercitar el derecho de pesca, que también entra en la facultad de gozar, en los casos á que se refieren los artículos 36 y siguientes de la ley de Pesca, y 133 de la ley de Aguas.

Las sustancias minerales de primera clase se disfrutan por el usufructuario en la forma que marca el art. 476, y sin limitación, las mejoras que el mismo usufructuario haga en la cosa con arreglo al art. 487.

De la ley de Aguas se deducen otros beneficios, ya utilizando las que discurran por el predio, construyendo depósitos de aguas pluviales, aprovechando las minerales ó minero-medicinales que nazcan en la finca, alumbrando aguas subterráneas, etc.

Por lo demás, claro es que las obligaciones del usufructuario se extienden á todo lo que usufructúa, provenga ó no provenga de accesión.

ARTICULO 480

Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla á otro y enajenar su derecho de usufructo aunque sea á título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola.

En virtud del art. 480, el usufructuario queda convertido en un verdadero dueño del derecho de usufructo. El dominio real y propio sobre las cosas se separa en dos dominios limitados ó impropios, uno sobre el derecho de gozar, otro sobre el derecho de disponer.

El nudo propietario dispone de la cosa sin perjuicio del derecho del usufructuario (art. 489); en suma, dispone de lo que le corresponde y nada más. El usufructuario, á su vez, dispone del goce de lo que le es propio, y á consagrar este derecho tiende el artículo 480.

I

ARRENDAMIENTO

El arrendamiento de cosas es, por regla general, un derecho más limitado que el de usufructo, pero es un derecho de goce ó disfrute exclusivamente. De aquí que el usufructuario sea el llamado á conceder el arriendo, y de aquí que el art. 480 le permita arrendar *la cosa* usufructuada. Puede el usufructuario aprovechar directamente ó por sí mismo la cosa; puede aprovecharla por medio de otro disfrutando la renta.

La facultad de arrendar se reconocía ya en la ley 24, tít. 31, Partida 3.ª «Ca, como quier que este atal que ha el vsofruto en la cosa la podría arrendar á otri si quisiesse, con todo esso, el derecho que en ella auia no lo puede enajenar.»

Pero el arrendamiento constituído por el usufructuario no debe durar más que el usufructo mismo. El art. 480 amplía algo el derecho del arrendatario. Al fin del usufructo, se resolverán todos los contratos que el usufructuario hubiese celebrado, salvo el arrendamiento de predios rústicos, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola.

Concuerda esta disposición con el art. 473 ya examinado, y con el 1577, al cual debe subordinarse, que dispone lo siguiente: «El arrendamiento de un predio rústico *cuando no se fija su duración*, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año, ó pueda

dar por una vez, aunque pasen dos ó más años para obtenerlos. El de tierras labrantías, divididas en dos ó más hojas, se entiende por tantos años cuantas sean éstas.»

Pero relacionando los artículos 480 y 1577, se observa que la excepción que aquél consigna, sólo puede en rigor ser aplicable cuando no se fija la duración del arrendamiento, ó aun fijada, termina el usufructo antes de espirar el plazo porque aquél se constituyó. Si, pues, el usufructo tiene un término conocido de antemano, si se sabe, no sólo que ha de llegar, sino también cuando, el usufructuario al arrendar la cosa usufructuada no puede traspasar ese límite, porque sabe bien que más allá no se extiende su derecho. Ahora bien: si el usufructo es vitalicio, si depende de la resolución del derecho del constituyente, del cumplimiento de una condición resolutoria, etc.; en suma, si se ignora cuándo se extinguirá, cabe el supuesto del art. 480, la terminación no conocida de antemano, el perjuicio que habría de irrogarse por ello al arrendatario, y por tanto, el beneficio que se le concede de subsistir el arrendamiento durante el año agrícola, en la forma marcada por el art. 1577. El usufructuario puede constituir arrendamientos inscribibles, pero con la expresada limitación porque no puede dar más que lo que tiene.

II

ENAJENACIÓN DEL DERECHO DE USUFRUCTO

La ley 24, tít. 31, Partida 3.ª, decía: «Otrosí dezimos, que si aquel á quien fuesse otorgado el vsofruto, ó uso, en la cosa, otorgasse después á otro alguno el derecho que auia en ella, que se desata por ende el vsofruto, ó el vso, é tornasse por ende al Señor de la propiedad, é de allí adelante non lo deue auer; nin el otro á quien lo él otorgó».

El art. 480 modifica esta doctrina, que convertía el usufructo en un derecho personalísimo. No obstante esta prohibición, y que sólo se consentía la enajenación de los frutos, los intérpretes introdujeron una distinción rara entre el derecho de percibir los fru-

tos en el usufructo y este derecho mismo, considerando permitida la enajenación de aquel y prohibida la de éste. En el mismo sentido se dictó el núm. 2.º del art. 107 de la ley Hipotecaria, según el cual puede hipotecarse el derecho de percibir los frutos en el usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno á la voluntad del usufructuario. En cuanto á los usufructos legales, no sólo no se permitía la hipoteca del derecho de usufructo, sino ni aun la del derecho á percibir los frutos, por no considerarse ni aun ese derecho enajenable, según el núm. 7.º del art. 108 de la misma ley.

Estas distinciones han terminado en el art. 480. No distingue este artículo entre los usufructos constituídos por la ley ó por la voluntad de los particulares, de modo que á todos debe considerarse aplicable su disposición, si no existe otra especial que deba estimarse preferente.

Y se comprende perfectamente que así sea. El usufructuario tiene desde luego un derecho, y siendo suyo, natural es que pueda disponer de él libremente, si bien, como es lógico, sólo puede dar lo que tiene: de aquí que el art. 480 diga con razón, que todos los contratos que celebre el usufructuario se resolverán, esto es, quedarán sin efecto á la terminación del usufructo. ¿Tiene un derecho que se extingue por su muerte? Pues si lo enajena, sabe el adquirente que el derecho que adquiere no se altera, sigue siendo el mismo, aunque cambie la persona, y por tanto, que al morir el usufructuario se extingue el usufructo, refundiéndose con la nuda propiedad. ¿Tiene un derecho por diez años? Pues á los diez años se extingue el derecho del cesionario. Ahora bien: según es también justo, dispone el art. 498 que el usufructuario que enajenare ó diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa ó negligencia de la persona que le sustituya. La transmisión puede tener efecto por título oneroso ó lucrativo; cuando sea vitalicio ó haya de terminar forzosamente antes de morir aquél á cuyo favor se constituyó, claro es que no podrá transmitirse por actos de última voluntad.

Las disposiciones de la ley Hipotecaria de la Península, artículos 107 y 108, números 2.° y 7.°, han quedado sin efecto, porque siendo hipotecables, según el art. 106, todos los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes, impuestos sobre bienes inmuebles, y permitiendo el Código civil la enajenación del derecho real de usufructo, queda desde luego convertido en un derecho hipotecable, aunque con determinadas restricciones. Por esto, la ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar publicada después del Código, en el número 2.° del art. 107, sustituye á las frases «derecho á percibir los frutos» las de «derecho de usufructo», dejando subsistentes las mismas limitaciones. Pero contra lo que parecía natural, conserva como subsistente en el art. 108 la prohibición de hipotecar el derecho de usufructo concedido por las leyes á los padres ó madres sobre los bienes de los hijos, y al cónyuge sobreviviente sobre los del difunto. Esta consecuencia no nos parece exacta en cuanto al usufructo del cónyuge. Examinarémos, por lo tanto, el alcance del art. 480 respecto á los usufructos legales.

Usufructo del cónyuge viudo.—No encontramos disposición ni razón alguna que impida la enajenación de este usufructo legal. No hay más remedio que aplicar el art. 480, según el cual el derecho de usufructo es enajenable cualquiera que sea la forma de su constitución, y como esta materia no es propia de la ley Hipotecaria, y la ley 24, tít. 31, partida 3.ª, resulta expresamente derogada, claro es que el cónyuge viudo tiene la facultad de enajenar el derecho de usufructo en los bienes que le correspondan.

¿Podrá hipotecar ese derecho? La duda sería inocente: la facultad de enajenar comprende toda forma posible de disposición, y por tanto, encierra la de limitar, gravar ó hipotecar, aunque siempre relativamente al derecho más ó menos limitado que corresponda al hipotecante. El art. 480 permite también, por consiguiente, la hipoteca del derecho de usufructo, si bien ha de resolverse el derecho concedido como garantía cuando el usufructo se extinga. El art. 1874 del Código, al repetir el art. 106 de la ley Hipotecaria, dice, sin embargo, algo más que éste, si se relaciona con el 480, porque si permite la hipoteca de los derechos reales enajena-

bles y el derecho de usufructo es hoy enajenable, dicho se está que permite la hipoteca del usufructo. Para nosotros, ésto es indudable, y como las disposiciones del Código son suficientemente claras, no puede servir de obstáculo á esta conclusión el que el art. 1880 respete los preceptos de la ley Hipotecaria en cuanto á la forma, extensión y efectos de la hipoteca, porque éste respeto no puede alcanzar á aquellas disposiciones claramente derogadas en el mismo Código, por ser enteramente contradictorias. El art. 108 de la ley Hipotecaria de Península, en su número 7.°, no debe considerarse subsistente, al menos en lo relativo al usufructo que el Código establece á favor del cónyuge viudo. La ley Hipotecaria de Ultramar dice otra cosa: respetamos su criterio; pero creemos que no puede ni debe ser aplicable en la Península.

Se han alegado varias razones por los intérpretes de derecho para justificar la inalienabilidad de los usufructos legales y la prohibición de hipotecarlos, y en lo relativo al viudo se toma sin duda por base lo establecido en algunas de las legislaciones forales. La exposición de motivos de la ley Hipotecaria de 1861, decía sobre este particular lo siguiente:

«Al referir las cosas que pueden hipotecarse, aunque con restricciones, se comprende el derecho de percibir los frutos en el usufructo. Esta regla, aunque tiene cierto carácter de general, no debe ser extensiva á los usufructos constituídos por el legislador. En este caso se halla el concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos, y al cónyuge sobreviviente sobre los del difunto. No debe permitirse á los así favorecidos que recibiendo anticipación sobre lo que se les da sólo *en concepto de jefes de familia para* la manutención de *toda ella*, se constituyan en el caso de no poder satisfacer esta obligación, ni que consuma la viuda prematuramente lo que se le concede, consultando al decoro y á la buena memoria de la persona á quien estuvo unida en vínculo conyugal. Parecida es la condición de éstos á la de los alimentistas, que lo son por consideraciones nacidas de relaciones de familia, cuyo derecho ni es enajenable ni admite compensación, ni puede ser objeto de renuncia, ni sujetarse á em-

bargo; prohibiciones cuyo objeto es que no se vea eludida la intención del legislador al crear el derecho é imponer la obligación de alimentar. Es verdad que esto no se halla ordenado de un modo expreso por nuestras leyes actuales; pero lo está en su espíritu, interpretado fielmente por la práctica.»

Estas razones y otras varias, justas y atendibles, justifican esas disposiciones, tratándose del usufructo concedido á los padres en los bienes de sus hijos, al marido en los de su mujer, y aun refiriéndose á la viudedad de Aragón y al usufructo foral ó fealdad de Navarra; pero no son aplicables al usufructo concedido en el art. 834 del Código civil. Como este artículo y con él la legítima del cónyuge viudo, no existía cuando la ley Hipotecaria se publicó, las palabras de la exposición de motivos están en armonia con la legalidad entonces vigente; pero nada prueban en el terreno teórico respecto al usufructo creado por el Código, ni aun servirían en rigor para desvirtúar lo establecido en el art. 480 al permitir ahora lo que antes estaba prohibido. Por eso entendemos que, inspirándose en aquellos principios la ley Hipotecaria de Ultramar, no supo sacar las verdaderas consecuencias que de ellos debían desprenderse, cuando en absoluto y sin distinciones prohibió hipotecar toda clase de usufructos legales.

En efecto: el usufructo concedido al cónyuge sobreviviente está establecido por la ley únicamente en su favor, sin consideración ni para beneficio mediato de terceras personas; aun cuando queden hijos y sean menores, el deber de alimentarlos y educarlos es por completo independiente del fin y objeto de la cuota usufructuaria, que es no atender á la subsistencia de los hijos, para lo cual hay otros medios, sino proteger al cónyuge viudo mientras viva, queden ó no descendientes, sean mayores ó menores de edad. Ni es tampoco condición esencial en este usufructo que el viudo viva honestamente, ni pierde el derecho por contraer segundas nupcias, ni le está prohibida la enajenación, ni falta al respeto ni á la memoria del cónyuge difunto por sustituir una finca por su precio, donar los bienes á un hijo ó renunciar el usufructo. Si el usufructuario vende, hipoteca, limita en cualquier forma su derecho, dispo-

ne de lo que le pertenece y nunca estorba que en su día vuelva á reunirse el derecho suyo, al extinguirse legalmente, con el de nuda propiedad; si los bienes sufren desperfectos ó perjuicios por el cambio de personas, queda responsable, según el art. 498, para con los nudos propietarios. Ni es bastante decir que, mediante la enajenación del usufructo, los descendientes sufrirán en su legítima ó en su mejora un gravamen, y no en favor de legitimarios como quiere la ley, ó en favor de sus padres, sino en favor de extraños, porque son cosas distintas los gravámenes que pueda imponer el testador sobre la mejora, y la facultad de disponer el usufructuario de su derecho después de adquirido, y porque no siempre quedan hijos ó descendientes legítimos que hayan de sufrir el gravamen, ni puede prohibirse al viudo, habiendo hijos, el uso de su derecho, y permitírselo si quedan ascendientes ú otras personas. Después de todo, y aun tratándose de descendientes, el mal está en el gravamen y no en la persona á cuyo favor se halle constituído.

Usufructo á favor de los padres sobre los bienes de sus hijos.—Pero si lo expuesto es lo que se desprende del art. 480; si el usufructo legal del cónyuge viudo, y el del poseedor de una vinculación respecto á la mitad reservable para el inmediato sucesor, deben ser enajenables y por tanto hipotecables, no podemos decir lo mismo del usufructo legal que corresponde al padre ó al marido (artículos 160 y 1357), porque otras disposiciones prueban el criterio contrario del legislador.

El art. 1548 del Código, dice: «El marido relativamente á los bienes de su mujer, el padre y tutor respecto á los del hijo ó menor, y el administrador de bienes que no tenga poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años.» El art. 1363 repite lo mismo en un caso especial: «El marido no podrá dar en arrendamiento por más de seis años, sin el consentimiento de la mujer, los bienes inmuebles de la dote inestimada. En todo caso se tendrá por nula la anticipación de rentas ó alquileres hecha al marido por más de tres años.»

Hemos visto antes que el arrendamiento es una forma de goce ó disfrute, que mientras exista el usufructo separado de la nuda

propiedad, sólo puede concederse por el usufructuario. Cuando el arrendamiento excede de seis años se constituye un verdadero derecho real, luego el alcance de los artículos 1548 y 1363 es evidentemente el de que ni el padre ni el marido puedan constituir derecho real alguno sobre los bienes de sus hijos ó de su mujer, aunque en ellos les corresponda el usufructo. El padre ó el marido son usufructuarios legales de ciertos bienes de esas personas, si hemos de creer á los artículos 160 y 1357, y no pueden constituir derechos reales; luego no podrán enajenar el usufructo que les corresponde porque significaría la constitución de un derecho real. Inútil sería prohibirles arrendar por seis años, si podían ceder el usufructo en absoluto aunque fuera á título oneroso. Estos usufructuarios legales no pueden, por tanto, enajenar su derecho.

El art. 164 prueba algo también en nuestro favor, aunque se refiere á enajenaciones de dominio y no de usufructo; pero como también prohibe gravar, muestra su criterio contrario á que sobre los bienes de los hijos se impongan limitaciones, llámense ó no usufructo, á favor de terceros, á no ser con las formalidades que se indican.

Las sentencias de 7 de Julio de 1892 y 27 de Septiembre de 1893 confirman plenamente nuestra opinión en cuanto al usufructo legal de los padres, si bien se fundan en el art. 108 de la ley Hipotecaria, y en que primordialmente se halla afecto el cumplimiento del deber de crianza, alimentación y educación de los hijos.

Y es que lo que es justo se impone, y un error se manifiesta por sus consecuencias. Hemos visto que subsisten los motivos que la exposición de la ley Hipotecaria de 1861 tuvo en cuenta. Pero, ¿por qué subsisten? Lo expusimos al comentar el art. 468. Subsisten porque propiamente el padre y el marido, lo mismo que el tutor en su caso, más bien que usufructuarios son administradores, y si se insiste en llamarles usufructuarios, su usufructo se halla afecto á ciertas obligaciones que constituyen una ineludible condición que la ley les impone. Los frutos, las utilidades de esos bienes son realmente del padre y de sus hijos, del marido y de su mujer; por eso esos usufructos terminan al acabar la patria potestad, al

separarse el hijo de la compañía de sus padres ó al disolverse la sociedad conyugal. ¿Qué se deduce de aquí? Que como ni el padre ni el marido son verdaderamente los únicos usufructuarios de esos bienes, por sí solos no pueden enajenar el usufructo. La ley y la razón de consuno así lo prueban.

III

HIPOTECA DEL DERECHO DE USUFRUCTO

El número 2.° del art. 107 de la ley Hipotecaria de Ultramar, y en igual forma ha de quedar el de la ley de Península, díce: «Podrá hipotecarse el derecho de usufructo pero quedando extinguida la hipoteca cuando concluya el usufructo, por un hecho ajeno á la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada ó hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluído, á no mediar el hecho que le puso fin.»

La hipoteca del derecho de usufructo no puede comprender más que lo que corresponde al usufructuario; de aquí que al terminar el derecho de éste por causa ajena á su voluntad, la hipoteca también termina. Pero si el usufructo dura menos de lo que debía racionalmente esperarse, si el usufructuario en perjuicio de su acreedor hace que termine por su voluntad, la hipoteca subsiste hasta que se cumpla la obligación asegurada, ó hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría concluído naturalmente.

A diferencia de otros autores creemos justa esta disposición.

Se extingue el usufructo por la muerte del usufructuario, por espirar el plazo por que se constituyó, ó cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo; por la resolución del derecho del constituyente; por la pérdida total de la cosa; por la reunión del usufructo y la propiedad en una sola persona; por prescripción, y por renuncia.

Atendiendo al modo de la constitución, saben, tanto el dueño como el acreedor hipotecario, cuándo procede naturalmente la ex-

tinción del usufructo. Si después el deudor usufructuario renuncia su derecho, el nudo propietario obtiene un beneficio con que no contaba, y el acreedor sufre un perjuicio que no debía esperar. Si por tal circunstancia el dueño tiene que cumplir obligaciones propias del usufructuario y respetar el crédito, en cambio él es quien percibe los frutos y adquiere los derechos de aquél. Sabía que el usufructo terminaba, por ejemplo, á la muerte del usufructuario, y esto no se altera; la muerte producirá la extinción y la resolución del derecho del acreedor; pero si antes el usufructuario, por un acto de su voluntad, quiere dar por terminado su derecho, en tanto puede hacerlo, en cuanto no perjudique los derechos inscritos por un tercero. Si este perjuicio existe para el acreedor hipotecario y no recae en realidad sobre el dueño, justo es preferir á aquél sobre éste, ya que además, en todo caso, el acreedor sólo puede cobrarse con el derecho del usufructuario.

Ahora bien; según el art. 480 del Código, todos los contratos que celebre el usufructuario se resolverán *al fin* del usufructo. Si éste término por voluntad del usufructuario contrariando su fin natural y previsto, ¿terminarán los contratos que haya celebrado? ¿se resolverán los derechos que había transmitido? Distingamos. Si el usufructuario se desprendió del derecho que tenía en favor de un tercero, este tercero, que es quien tiene el derecho, podrá renunciarlo; pero el que al transmitir el usufructo nada se reservó, ¿cómo va á renunciar lo que ya no le pertenece? Si algo se reservó, puede renunciar lo reservado, no lo que no es suyo. El usufructo tiene un fin previsto. El derecho que se transmite ó se grava por el usufructuario y se adquiere por el tercero, es el mismo que él tiene, ó sea hasta la muerte, el cumplimiento del plazo ó de la condición, etc. El cedente ya no puede alterar ese límite cuando hay un tercer interesado que, atendiendo á ese límite, contrató. De aquí el precepto del art. 107, núm. 2.º de la ley Hipotecaria, y de ahí que sólo de ese modo pueda interpretarse el art. 480.

Al tratar de la extinción del usufructo veremos cómo se hace constar esta extinción en el Registro, y cómo se cancela la hipoteca que pudiera haberse constituído.

La facultad del usufructuario para enajenar su derecho está reconocida en los códigos extranjeros, no habiendo hecho el nuestro más que aceptar un principio considerado ya como indudable. Concuerdan con el art. 480 los artículos 595 y 596 de los códigos de Francia y Bélgica, 2207 del de Portugal, 492 y 493 del de Italia, 794 del de Chile, 1330 del de Güatemala, 982 del de Méjico, 2870 del de la República Argentina, 882 del de California y otros, así como el 1011 del proyecto del código alemán.

Legislación transitoria.—Estableciéndose un derecho nuevo á favor del usufructuario en el art. 480, que antes no existía, y como quiera que en realidad no se perjudica ningún otro derecho adquirido con anterioridad, debe aplicarse la regla 1.ª transitoria á los usufructos constituídos antes de regir el Código civil, pudiendo el usufructuario, desde la publicación de éste, enajenar su derecho de usufructo, aun á título gratuito, con la limitación expresada en el artículo que acabamos de comentar.

ARTÍCULO 481

Si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco á poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho á servirse de ellas empleándolas según su destino, y no estará obligado á restituirlas al concluir el usufructo sino en el estado en que se encuentren; pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por su dolo ó negligencia.

Todo cuanto existe se deteriora y aun destruye poco á poco por el uso. No sería, por lo tanto, lógico prohibir el usufructo, que en suma es el disfrute, en cuanto á ciertas cosas, bajo pretexto de que usándose se deterioran, porque el más ó el menos, la mayor ó menor rapidez del desgaste, procede de la misma naturaleza de la cosa y no altera la esencia de la cuestión. Todo límite sería convencional y caprichoso, porque la escala es gradual, y entre objetos análogos ó eslabones enlazados en la cadena, resulta imperceptible.

El art. 481 se refiere á ciertos objetos, á determinados bienes desde luego muebles, cuyo deterioro es más visible y constante, como el mobiliario, las ropas, los libros, los carruajes, instrumentos, etc.; en general, los bienes muebles. Sin embargo, su espíritu y aun su letra consiente la aplicación del precepto á toda cosa, aun inmueble, que por el uso lentamente se deteriore.

La ley permite el usufructo de esas cosas, concediendo al usufructuario el derecho de servirse de ellas, empleándolas según su *destino*. Síguese de este derecho la obligación de no destinarlas á usos distintos, y por consiguiente, la responsabilidad del usufructuario al extralimitarse en el ejercicio de su derecho.

No han de devolverse las cosas en el estado que tenían al constituirse el usufructo, sino en el estado en que se encuentren al concluir ese derecho, que será el estado á que habrían llegado si las hubiese usado el propietario.

Preve el artículo el caso de sobrevenir mayor deterioro que el natural, interviniendo dolo ó negligencia por parte del usufructuario, y habrá desde luego negligencia ó dolo, si las cosas se destinan á un uso distinto del que sea en ellas natural. De cualquier modo hay lugar á indemnización, pudiendo considerarse esta parte del art. 481 como una aplicación del principio general del art. 497: «El usufructario debe cuidar las cosas dadas en usufructo, como un bu en padre de familia.»

La culpa ó negligencia del deudor, dice el art. 1104, consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación, y corresponda á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

El dolo supone intención de perjudicar. Inaplicable el concepto de dolo que dá el Código en el art. 1269, debe entenderse que el art. 481 se refiere al dolo en el mismo sentido que el 1102, ó sea el que tiende á eludir el cumplimiento de las obligaciones, según declara la sentencia de 22 de Octubre de 1894.

Según el art. 1107, «los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe, son los previstos ó que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación, y que sean consecuencia

necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

Han de tenerse presentes los arts. 1101 y siguientes para la aplicación de la última parte del art. 481.

Si las cosas se pierden ó destruyen por culpa del usufructuario, con mayor razón procederá la indemnización. A este efecto dispone el art. 2208 del Código de Portugal, que el usufructuario responderá del valor que tienen las cosas al constituirse el usufructo. Pero sólo parece justo que responda del valor que debieran tener al extinguirse el mismo, pues la diferencia hubiera sido perdida en todo caso para el propietario.

Relación del art. 481 con el 500.—Entendemos que el art. 500 que impone al usufructuario la obligación de hacer en las cosas dadas en usufructo las reparaciones ordinarias que necesiten, no se opone á lo dispuesto en el 481, porque al fin el usufructuario ha de hacer, respecto á esas cosas, lo mismo que en su caso haría el propietario, y además está en su interés el hacerlo para continuar sirviéndose de la cosa. Una silla, una mesa, un espejo, pueden sufrir pequeños desperfectos; un libro puede desencuadernarse; un traje sufrir una quemadura ó un girón; ocurrirán estos deterioros por culpa ó sin culpa del usufructuario, podrán ó no preverse, pero su conservación exije las naturales reparaciones, porque si por falta de ellas los objetos se destruyen, si el usufructuario no dispusiere la compostura del mueble, la encuadernación del libro, el remiendo ó zurcido de la ropa, tendría que pagar la indemnización ó abonar esos gastos al propietario en virtud del art. 500. Mejor y más conveniente para él es reparar esos desperfectos. No cabe duda de que, en el uso natural de las cosas, pueden sobrevenir deterioros reparables que tiendan á procurar su conservación, y que son independientes de aquellos otros que son consecuencia solamente de la vejez ó del tiempo, que lentamente y sin desperfecto apreciable de un día al siguiente, va cambiando el aspecto de todo. A este último deterioro se refiere el art. 481. Ocurre, pues, por una parte, que en tanto no haya un desperfecto apre-

ciable y sí sólo un desgaste natural, no procede, según el art. 481, reparación alguna, y por otra, que al ocurrir el desperfecto será necesario deslindar los campos entre las reparaciones ordinarias y extraordinarias, y relacionar esto con el mayor ó menor cuidado que en el uso de las cosas tuvo el usufructuario. El art. 481 habla, como el 500, de deterioros; pero la nota distintiva entre ambos casos está en que en los deterioros naturales á que se refiere el art. 481, las cosas pueden conservarse sin necesidad de su reparación, y en el 500 se trata de desperfectos ó deterioros que hacen indispensables ciertas reparaciones para la conservación de esas mismas cosas, ó sea para que sigan sirviendo y sea más difícil su pérdida, ó se prolongue más su existencia. Con mayor motivo hay que entenderlo de este modo, por la generalidad de expresión del art. 481, y la dificultad de separar las cosas que no sufren deterioro por su uso.

Concuerda este artículo con el 589 del Código de Francia, 484 del de Italia, 985 del de Méjico, 787 del de Chile, 2872 del de la República Argentina, etc.

ARTÍCULO 482

Si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho á servirse de ellas, con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, ó pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo.

El concepto de cosas fungibles está en el art. 337.

El disfrute de las cosas fungibles ó consumibles por el uso, excluye la disposición de las mismas por su propia naturaleza. Cierto que no cabe disfrutarlas ó usarlas de otro modo (salvo para ostentación); pero cierto también que al conceder su uso, se concede también la cosa misma, el dominio en absoluto. En la necesidad de

que algo quede al nudo propietario, y teniendo en cuenta que las cosas fungibles son perfectamente sustituíbles por otras de igual especie y calidad, se obliga al usufructuario al fin del usufructo á devolver igual cantidad y calidad de lo que recibió ó al abono de su importe. El usufructo viene, por tanto, á quedar reducido al valor que represente el hecho de consumirlas antes devolviéndolas sólo después de cierto tiempo, pues si bien puede existir otra ventaja por valer menos las cosas fungibles en la época de la devolución, esto constituye un azar solamente, toda vez que también pueden valer más.

Este usufructo especial, llamado, aunque impropiamente, *cuasi usufructo*, queda en realidad convertido en un préstamo mutuo; pero se comprende que la ley lo incluya en el capítulo que examinamos, atendiendo sobre todo á los usufructos universales, pues al quedar en la universalidad de bienes cosas fungibles, convenía dejar sentado como evidente que tales cosas no debían ser excluídas del usufructo. En los demás casos será raro, pero los artículos 467 y 470 permiten desde luego la constitución del usufructo en la forma marcada por el art. 482, y á este usufructo principalmente se deben las palabras adicionadas en el 467, «á no ser que el título de su constitución ó la ley autoricen la alteración de la forma ó sustancia de la cosa».

Puede ocurrir que las cosas fungibles se entreguen estimadas ó inestimadas. En el primer caso, al fin del usufructo se pagará el importe de su avalúo ó estimación; de modo, que sea cualquiera el aumento ó disminución de valor que sufran las cosas hasta el fin del usufructo, sólo se deberá lo que valían *cuando el usufructo se constituyó*. En el segundo caso, el usufructuario ó sus herederos, á su elección, pueden restituir otro tanto de la misma especie y calidad que lo que se recibió, ó pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo, de modo que, sea cualquiera el aumento ó disminución que haya sufrido el valor de las cosas desde el principio hasta el fin del usufructo, sólo se deberá lo que valgan ó valieren *en el momento de la terminación*.

El art. 2209 del Código de Portugal, el 587 del de Francia y

Bélgica, el 483 del de Italia, 2871 del de la República Argentina y otros, aceptan la misma doctrina del 482 que examinamos, con leves modificaciones. En cambio los códigos de Méjico, Guatemala y Baja California, no hablan del usufructo de las cosas fungibles, lo que prueba que no le admiten, y así también se deduce de la definición que esos Códigos dan del usufructo. Tampoco nuestras leyes de Partida, á pesar de seguir en casi todo los precedentes romanos, mencionan lo que en Roma se denominó cuasi-usufructo.

Los bienes fungibles no pueden ser objeto de arrendamiento, según el art. 1545.

Guardan también relación con el artículo que examinamos, los artículos 1370 y 1371, según los cuales no podrá exigirse al marido ó á sus herederos hasta que haya transcurrido un año, contado desde la disolución del matrimonio, el dinero, los bienes fungibles y los valores públicos que en todo ó en parte no existan al disolverse la sociedad conyugal, abonando desde este momento hasta el de la restitución el interés legal de lo que deben pagar en dinero, el del importe de los bienes fungibles, y lo que los valores públicos ó de crédito produzcan entretanto.

Puede verse también el art. 163 en la parte que se ocupa de los valores mobiliarios del hijo.

ARTÍCULO 483

El usufructuario de viñas, olivares ú otros árboles ó arbustos, podrá aprovecharse de los pies muertos, y aun de los tronchados ó arrancados por accidente, con la obligación de reemplazarlos por otros.

ARTÍCULO 484

Si á consecuencia de un siniestro ó caso extraordinario, las viñas, olivares ú otros árboles ó arbustos hubieran desaparecido en número tan considerable que no fuese posible ó resultase demasiado gravosa la re-

posición, el usufructuario podrá dejar los pies muertos, caídos ó tronchados, á disposición del propietario, y exigir de éste que los retire y deje el suelo expedito.

Usufructo de viñas, olivares, etc.—De un usufructo especial tratan los artículos 483 y 484: del constituído sobre un terreno destinado á viña ú olivar ó poblado de otros árboles ó arbustos que, sin embargo, no formen propiamente un monte. En el monte, el fruto ó el producto, la utilidad verdadera, aparte otros aprovechamientos, está en el árbol mismo; en el usufructo que ahora examinamos, el árbol ó el arbusto produce fruto ó utilidad sin necesidad de cortarle por el pie, y el usufructo, por regla general, consiste en el aprovechamiento de esa utilidad ó fruto que produce el árbol ó arbusto.

El código de Portugal, artículos 2210 y 2226, siguiendo el precedente romano, distingue entre árboles fructíferos é infructíferos. En ambos casos puede el usufructuario aprovecharse de las plantas que perecen naturalmente, si bien sólo cuando se trata de especies fructíferas tendrá obligación de reponer los pies muertos, ó si esta renovación fuese imposible ó perjudicial para el usufructuario, sustituir el cultivo por otro igualmente útil al propietario. Si las plantas se cayeren ó fueren arrancadas ó quebradas por accidente, pertenecen al propietario, pudiendo, no obstante, el usufructuario aplicarlas á las reparaciones que tuviese obligación de hacer, ó exigir que el propietario las retire desocupando el terreno.

Según los Códigos de Francia y Bélgica (art. 594), Italia (artículo 490), Holanda (818), Vaud (382), Guatemala (1351), República Argentina (2873) y Veracruz (719), pertenecen al usufructuario los árboles frutales, perezcan ó no naturalmente, pero con obligación de reponerlos por otros.

El código de Méjico nada declara sobre el particular.

Nuestro Código no distingue entre árboles fructíferos ó no fructíferos, é iguala los pies muertos con los tronchados ó arrancados por accidente. En todo caso, el usufructuario *podrá* aprove-

charse de ellos con la obligación de reemplazarlos por otros. Los pies muertos son los que perecen naturalmente por vejez ó detención en su desarrollo, por heladas, falta de riego, etc.; las palabras tronchar y arrancar denotan una causa violenta de destrucción.

Cuándo existe la obligación de reponer.—En el caso del art. 484, cuando se aprovechan los pies muertos; en el del 483 siempre, como demostraremos á continuación.

La única distinción que aparece en nuestro Código separa las disposiciones de los arts. 483 y 484. O las viñas, olivares, árboles ó arbustos, perecen en número considerable, no siendo posible ó resultando *demasiado* gravosa la reposición, ó perecen en número limitado, siendo posible y *poco* gravosa la reposición. La causa es indiferente. Un incendio, una epidemia, una helada, una inundación, etc., destruye algunos árboles ó arbustos: pertenecen al usufructuario los pies muertos, con obligación de reemplazarlos por otros. Una inundación, helada, incendio ó epidemia destruye muchos arbustos ó árboles: el usufructuario puede renunciar á los pies muertos, caídos ó tronchados, dejándolos á disposición del propietario y exigiendo de éste que los retire y deje el suelo expedito.

En el último caso, el derecho del usufructuario es alternativo. Puede, si quiere, aprovecharse de los pies muertos con la obligación en tal caso de reponerlos; puede, si ésto no le conviene (por demasiado gravoso ó imposible), dejar esos pies en beneficio del propietario. En tal caso nada tiene que reponer. La obligación en el propietario de dejar el suelo expedito, supone la facultad en el usufructuario de aprovecharse del terreno en otra forma de cultivo.

En el primer caso, la cuestión es más dudosa. ¿Tiene siempre el usufructuario la obligación de reponer, ó esta obligación es condicional y sólo para cuando le convenga aprovechar y aproveche los pies muertos, caídos ó tronchados? El art. 483 dice que el usufructuario *podrá* aprovecharlos, luego podrá no aprovecharlos. Pero añade «con la obligación de reemplazarlos por otros» ¿Por ser potestativo el derecho, será también potestativa la obligación y subordinada al ejercicio del derecho? Estimamos que no; la forma

de expresión es oscura; pero el espíritu de la ley resulta claro, sobraría en otro caso el art. 484.

En efecto; si el usufructuario pudiese dejar de reponer abandonando los pies muertos, no se concibe porqué había de exigir el art. 484 que el número de árboles desaparecidos fuese *tan considerable que resultase demasiado gravosa* ó imposible la reposición. ¿A qué tal cúmulo de circunstancias desfavorables, si aun muriendo un arbusto, el usufructuario no tuviese obligación de reemplazarlo por otro? ¿A qué dos artículos bajo diferentes supuestos para sentar una sola regla? Si es demasiado gravosa la reposición, no quiere la ley imponer esa carga al usufructuario; luego si es poco gravosa sí quiere imponerla, y la impone. Se trata de árboles ó arbustos que producen fruto; se trata de casos aislados de muerte, número escaso de plantas; si el usufructo fuere de larga duración y el usufructuario no repusiere, pasaría la cosa infructífera ó casi inútil á poder del propietario. El usufructuario tiene la obligación de reponer; como indemnización se le conceden los pies muertos por si quiere utilizarlos, ¿no quiere?, que no los utilice: se le da un derecho que puede renunciar, no se le impone la obligación de aprovecharlos. Puede cederlos al propietario, es claro, puesto que la ley los hace suyos, pero del mismo modo que si los cediese á un tercero, no se libertará por eso de la obligación de reponer, porque el deber no es renunciable. *Puede* libertarse de ese deber en el caso del art. 484 por las circunstancias extraordinarias que concurren; mas eso mismo prueba que *no puede* cuando esas extraordinarias circunstancias no concurren.

Lo mismo que prueba el art. 484, se deduce del art. 500. Las reparaciones ordinarias son de cuenta del usufructuario. Se consideran ordinarias las que exijan los deterioros ó desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. Claro es que aunque la destrucción de algunos arbustos sea debida á un accidente, se trata de desperfectos producidos en el uso natural de la viña, olivar, etc. La cosa que se usufructúa no es la vid que se seca, ni el olivo que se hiela, ni el arbusto que troncha el viento, es el conjunto de olivos, de arbus-

tos ó de vides, es el terreno poblado de esas plantas, como en el usufructo de una casa, la cosa es la casa y no el cristal que se rompa en una ventana ó el canalón que se desprenda del tejado. Pues así como el canalón ó el cristal han de reponerse y constituyen una reparación ordinaria, el árbol ó el arbusto han de reemplazarse, y el reemplazo no es más que una ordinaria reparación. Precisamente los arts. 483 y 484 parecen inspirados en la misma norma que los 500 y 501. Lo ordinario es de cuenta del usufructuario, lo extraordinario es ya una carga del nudo propietario, como que el derecho del primero es provisional ó transitorio y el del segundo definitivo.

La misma idea impera en el art. 499 sobre el usufructo de rebaños ó piaras de ganado, y la analogía no puede ser más evidente.

Esta solución es también la más razonable y conviene al mismo usufructuario. Por eso la vemos aceptada en la inmensa mayoría de los códigos y era también el precedente en nuestra patria. La ley 22, tít. 31, Partida 3.ª. decía: «E si se secaren algunas vides ó árboles, que planten otros en su lugar.»

Existe un vacío entre los artículos 483 y 484. Entre un número considerable de plantas muertas, y algunas de ellas, cabe un término medio. Para apreciar la cuestión, ha de atenderse al total, pues 50 arbustos donde hay 1.000 no será gran cosa, pero 50 donde hay 100 ó 200 es muchísimo. A los tribunales toca decidir en cada caso, inspirándose en las circunstancias especiales que concurran y por su gran analogía, en el art. 499, cuyas reglas son más completas.

ARTICULO 485

El usufructuario de un monte disfrutará todos los aprovechamientos que pueda éste producir, según su naturaleza.

Siendo el monte tallar ó de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas ó las cortas ordinarias que solía hacer el dueño, y en su defecto las hará acomodándose en el modo, porción y épocas, á la costumbre del lugar.

En todo caso, hará las talas ó las cortas de modo que no perjudiquen á la conservación de la finca.

En los viveros de árboles podrá el usufructuario hacer la entresaca necesaria para que los que queden puedan desarrollarse convenientemente.

Fuera de lo establecido en los párrafos anteriores, el usufructuario no podrá cortar árboles por el pie como no sea para reponer ó mejorar alguna de las cosas usufructuadas, y en este caso hará saber previamente al propietario la necesidad de la obra.

Usufructo de montes.—El art. 1.° de las Ordenanzas generales de Montes de 22 de Diciembre de 1833, al par que define los montes, puede servir de norma para separar el distinto objeto sobre que recae el usufructo en el art. 485, respecto á los 483 y 484.

«Es monte todo terreno cubierto de árboles apropósito para la construcción naval ó civil, carboneo, combustible y demás necesidades comunes, ya sean montes altos, bajos, bosques, sotos, plantíos y matorrales de toda especie, distinta de los olivares, frutales, ó semejantes plantaciones de especial fruto ó cultivo agrario.»

A estas últimas plantaciones se refieren los artículos 483 y 484. A los montes, el 485.

En los montes, el aprovechamiento se halla principalmente en la madera; el árbol pasa de inmueble ó adherido á la tierra, á mueble ó transportable, de capital á fruto; pero al mismo tiempo hay que atender á su conservación, á su repoblación, á su fomento. Es un depósito del que sólo es lícito retirar los intereses. El usufructuario ha de obrar como un propietario cuidadoso de sus intereses como un buen padre de familia, según la expresión del art. 497; ha de aprovechar el monte, no destruirlo, usar pero no abusar, porque si consumiese todo el arbolado nada quedaría al propietario. De aquí las limitaciones naturales impuestas en el usufructo sobre los montes.

Aprovechamientos.—El usufructuario de un monte disfrutará todos los aprovechamientos que pueda éste producir según su naturaleza. Esta es la primera regla del art. 485. La bellota en las

encinas, piñas ó resina en los pinares, esparto, palmitos, regaliz, zumaque, pastos, ramaje, leña, hierba, brozas, etc., son aprovechamientos inherentes al monte, según su clase.

Talas y cortas.—Siendo el monte tallar ó de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas ó las cortas ordinarias, en la misma forma que acostumbraba á hacerlas el dueño, y en su defecto, acomodándose en el modo, porción y épocas á la costumbre del país.

Talas ó cortas ordinarias son las que exija y permita la explotación regular del monte, á fin de que éste no agote su potencia reproductiva, como dice un notable comentarista, y continúe produciendo periódicamente la mayor cantidad y calidad de frutos posible. Cuando no merezcan las talas que hiciese el propietario la consideración de ordinarias, no puede el usufructuario guiarse por ellas sino ajustarse á la costumbre del pais, buscando la sazón del árbol para el objeto á que se destine la madera, asesorándose para el mejor disfrute y aprovechamiento, respecto á las cortas, podas, descuajes, rompimientos, etc., con el parecer de personas peritas, ó teniendo presentes las disposiciones especiales dictadas para el aprovechamiento de los montes públicos.

Ha de tenerse presente que tanto el dueño como el usufructuario, para el aprovechamiento de montes particulares que linden con otros públicos, necesitan licencia ó autorización del Gobierno, á no ser que se hallen deslindados ó amojonados, en cuyo caso son libres en su disfrute. Véanse el art. 14 de la ley de 24 de Mayo de 1863, los 129 á 139 y 143 del Reglamento de 17 de Mayo de 1865 y orden de 24 de Mayo del mismo año.

Las talas ó cortas ordinarias, únicas consentidas al usufructuario tienen marcado su límite en cuanto al modo de hacerlas, porción y época. Por ésto, y porque con arreglo al art. 485, párrafo tercero, las talas ó cortas han de hacerse de modo que no perjudiquen á la conservación de la finca, toda extralimitación del usufructuario irroga un perjuicio al propietario y se resuelve en una indemnización.

Puede el usufructuario anticipar ó retrasar la corta durante el

usufructo, pero tal extralimitación ó descuido, dada la naturaleza de su derecho, puede serle perjudicial. Si termina el usufructo y la corta no está hecha apesar de haber pasado su época (salvo el caso de fuerza mayor,) como los árboles han de equipararse á los frutos naturales, todos los no cortados, como pendientes, pertenecen al propietario. Si al terminar el usufructo no ha llegado la época de la corta y estaba ya hecha, se causa un perjuicio al propietario, que es á quíen realmente hubiera correspondido hacerla, por lo que debe ser indemnizado. Esta indemnización, como dice Navarro Amandi, se regulará por el valor del monte en la época de terminarse el usufructo y el que hubiera tenido en igual época en el caso de no haberse anticipado la corta.

Viveros de árboles.—Se llama vivero el terreno donde el árbol plantado por semilla adquiere su primer desarrollo. Los árboles de los viveros se destinan á la repoblación de los montes; reunidos en un espacio determinado, porque exigen un cuidado especial, se impone su entresaca y trasplantación cuando llega el momento oportuno para ello, pues, como observa Bonel, muy jóvenes no llegarían á desarrollarse en otro sitio, y ya extraordinariamente grandes no se encuentran en condiciones de ser trasplantados. Como además si no se arrancase ningún árbol del vivero, se perjudicarían mútuamente en su crecimiento, el Código permite al usufructuario hacer la entresaca necesaria para que los que queden puedan desarrollarse convenientemente. En este caso no se trata de cortar sino de extraer. Es raro que nada exprese el Código sobre reposición de las plantas extraídas.

El usufructo puede recaer sobre un monte en que exista vivero, ó determinadamente sobre éste. En el primer caso, el vivero puede tener marcado su objeto, que habrá que cumplir. En el segundo, el aprovechamiento consiste precisamente en la entresaca de árboles, fruto del vivero que pertenece al usufructuario. Por lo demás, cuando se trasplanta el árbol en el monte que se usufructua y no es condición establecida el hacerlo así, habrá una mejora á la que podrá aplicarse el art. 487, y aun acaso á veces un perjuicio, pero las reglas serán siempre las del usufructo, y nunca

las de los arts. 362 y 363 sobre plantación de mala fe en terreno ajeno.

Prohibición de cortar árboles por el pie.—El último párrafo del art. 485 prohibe al usufructuario, *fuera de los casos expresados*, cortar árboles por el pie, como no sea para reponer ó mejorar alguna de las cosas usufructuadas, y aun en este caso hará saber previamente al propietario la necesidad de la obra. Esto prueba la regla general de que los árboles no son frutos; no obstante, los árboles muertos son despojos aprovechables por el usufructuario.

Sólo exige el artículo que se dé conocimiento al nudo propietario de la necesidad de la obra; conveniente sería señalar un término para que éste pudiera oponerse. No es dudoso que si no se cumple esa formalidad, el usufructuario responderá de los perjuicios que cause al monte, aunque realmente reponga ó mejore alguna otra cosa usufructuada. Pero, según la ley, basta ese aviso no siendo indispensable el permiso ó consentimiento del propietario, porque lo que el artículo 485 dice es que no se haga nada á su espalda, que se entere, y pueda, si lo cree justo, oponerse. Como al fin se concede un derecho al usufructuario para un fin ú objeto determinado, y necesario, si hemos de creer las últimas palabras, el propietario no puede oponerse si ese fin se cumple, y si se opone, decidirán los Tribunales. Lo mejor será obrar de acuerdo en todo caso, evitando cuestiones sobre si la obra era ó no necesaria.

La indemnización, en su caso, por la corta de árboles será de su valor y se pagará al finalizar el usufructo, pues hasta entonces los intereses del capital que ese valor represente son del usufructuario. Cierto que de este modo parece que se alienta al infractor de la ley para que siga cortando y puede inutilizar el monte, pero este mal, raro por cierto y no bastante para alterar en casos normales una regla justa, se evita con el precepto del art. 520, que sirve de garantía al propietario contra el abuso.

Haremos, por último, mención de la sentencia de 10 de Marzo de 1893 sobre usufructo de bosques en Cataluña. Los árboles del bosque dado en usufructo pertenecen al dueño y no al usufructuario, quién, por lo tanto, carece de derecho para disponer de ellos y

debe reintegrar el valor de los que hubiese cortado. El art. 485 del Código civil no rige en Cataluña.

Concuerda el art. 485 con los 2211 y 2212 del código de Portugal, el último de los cuales obliga al usufructuario á acomodarse á la costumbre del país, tanto para la extracción de plantas del vivero, como para su reposición, los 485 á 489 del de Italia, que dicta reglas minuciosas; los 590 al 593 de los de Francia y Bélgica, 986 á 989 del de Méjico, 2873 del de la República Argentina etc.

ARTÍCULO 486

El usufructuario de una acción para reclamar un predio ó derecho real ó un bien mueble, tiene derecho á ejercitarla y obligar al propietario de la acción á que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga. Si por consecuencia del ejercicio de la acción adquiriese la cosa reclamada, el usufructo se limitará á solo los frutos, quedando el dominio para el propietario.

Señala este artículo, completamente nuevo, un usufructo especial y rarísimo. En los usufructos universales el derecho recae sobre todo cuanto existe en la universalidad, y por tanto sobre las acciones. El usufructuario tendrá derecho á ejercitarlas y á obligar al propietario á que le ceda su representación y le facilite los medios de prueba de que pueda disponer. Este requisito indispensable puede ofrecer alguna dificultad en la práctica, pero el precepto es claro y el propietario no puede eludir la obligación.

Hasta que la acción se ejercite y prospere, el usufructuario en realidad nada disfruta; sólo tiene una esperanza. Si se adquiere la cosa ó el derecho reclamados, el usufructuario gozará de ellos, produzcan ó no frutos.

Sólo son inscribibles los derechos reales sobre bienes inmuebles. Las acciones no son derechos, sino un medio para hacerlos efectivos. Tampoco son inmuebles por su naturaleza, en el sentido

en que necesitarían serlo con arreglo al art. 4.° de la ley Hipotecaria. Luego el usufructo sobre acciones no es inscribible: el derecho que esa acción represente sí podrá serlo.

La disposición del art. 486 no tiene precedentes, ni se encuentra en los demás códigos.

ARTÍCULO 487

El usufructuario podrá hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles ó de recreo que tuviere por conveniente, con tal que no altere su forma ó su sustancia; pero no tendrá por ello derecho á indemnización. Podrá, no obstante, retirar dichas mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes.

ARTICULO 488

El usufructuario podrá compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho.

El usufructuario no tiene necesidad de hacer mejora alguna en la cosa usufructuada; por lo tanto, si para su utilidad, comodidad ó recreo, quiere hacerlas, la ley no se lo prohibe; pero no tiene derecho á exigir por ello indemnización alguna. Su facultad tiene un límite: no puede alterar la forma ni la sustancia de la cosa (á menos que el título de su constitución autorice una solución distinta). Al terminar el usufructo puede retirar las mejoras, si esto fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes.

Sobre lo que debe entenderse por mejoras útiles y de recreo, y por detrimento de los bienes, nos referimos al comentario de los arts. 451 al 458.

El propietario no tiene derecho para impedir que el usufructuario retire las mejoras, ni aun abonando su valor, como lo prueba la distinta redacción del art. 487 respecto á los 453 y 454, lo cual no se opone á que se convenga otra cosa, ya al principio, ya al fin del usufructo. Tampoco puede obligarse al usufructuario á que retire las mejoras, aunque pueda hacerlo sin detrimento de la cosa,

pues según el art. 487, es potestativo en él retirarlas ó no retirarlas. Al usufructuario no se le pueden aplicar las reglas relativas á la accesión, ni considerarle poseedor de buena ni de mala fe. Tiene derecho á hacer las mejoras ó á verificar la accesión, y ésta facultad se rige exclusivamente por los arts. 487 y 488.

Entre las mejoras posibles sin alterar la forma ni la sustancia de la cosa, entendemos se halla incluída la edificación, pudiendo demoler la obra, dejando el suelo expedito á la terminación del usufructo.

El art. 488 permite una compensación especial entre los desperfectos de los bienes y las mejoras hechas. Esta compensación no es de derechos, es en cuanto al valor, aumentado por las mejoras y disminuído por los desperfectos. Para ello es preciso admitir: 1.° Que las mejoras hayan aumentado realmente el valor de los bienes. 2.° Que los desperfectos sean imputables al usufructuario. 3.° Que la compensación represente cantidades iguales, indemnizando la diferencia, ya con arreglo á la ley, si fuesen mayores los perjuicios que los beneficios, ya por acuerdo de los interesados, si las mejoras representan más valor y podían retirarse.

Como el principio del art. 488 se funda en la equidad, y no atiende al derecho que pueda tener el usufructuario, sino al valor de las mejoras, importa poco que éstas puedan ó no retirarse sin detrimento de la cosa. Lo que sí ocurrirá es que el exceso de valor de las mejoras sobre los desperfectos, quedará en favor del propietario ó se estimará en absoluto compensado, si dichas mejoras no pudieran retirarse por el usufructuario por sufrir con ello la cosa detrimento.

Concuerdan con los artículos siguientes: 2217 y 2220 del código de Portugal, 599 del de Francia, 595 del de Italia, 827 del de Holanda, 990 del de Méjico, 1338 del de Guatemala, 801 del de Chile, 2874 del de la República Argentina, etc. El código de Italia, para estimar compensable el aumento de valor en la cosa producido por las mejoras, con los deterioros que la misma hubiese sufrido, exige que éstos hayan ocurrido sin *grave* culpa de parte del usufructuario.

ARTÍCULO 489

El propietario de bienes en que otro tenga el usufructo podrá enajenarlos, pero no alterar su forma ni su sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario.

En el período de duración del usufructo, es indudable que la facultad de gozar reside en el usufructuario. No discutiremos si hay ó no una división en las facultades dominicales: el dominio no es más que uno, y, propiamente, ni el nudo propietario ni el usufructuario pueden llamarse dueños. Sean derechos independientes ó simple limitación de ejercicio el usufructo respecto á la propiedad, es lo cierto que el derecho del usufructuario no pertenece de presente al nudo propietario, y por tanto, éste, por el pronto, no puede disponer de un derecho de que él mismo ó un propietario anterior se desprendió, cediéndolo á un tercero. Por esto, así como el artículo 480 permite al usufructuario enajenar y gravar su derecho de usufructo, el art. 489 permite al nudo propietario enajenar su nuda propiedad. En este derecho va incluída la facultad para lo futuro de consolidarse ambos derechos en el que tenga la nuda propiedad; pero esto sólo ocurrirá mediante la extinción del usufructo. Hasta tanto que ésto ocurra, el derecho del usufructuario ha de ser íntegramente respetado.

El art. 489 sienta, por lo tanto, una verdad indiscutible. El nudo propietario puede enajenar el derecho que le corresponde, no el que, aunque sea temporalmente, pertenece á otro. Ni el dominio útil, ni otro usufructo, ni el arrendamiento sobre los mismos bienes, pueden ser constituídos por el nudo propietario, á no ser para después de extinguirse el usufructo ya existente, porque equivaldría á disponer del goce ó disfrute de las cosas. Tampoco podrá imponer servidumbres, ni en general derecho alguno que limite las facultades del usufructuario.

El precepto del art. 489, en su aplicación á inmuebles y dere-

chos reales sobre los mismos, se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

La enajenación de los bienes usufructuados hecha por el nudo propietario en contravención á lo preceptuado en el art. 489, es nula, porque nadie puede transmitir lo que no le pertenece. En tal sentido serán aplicables los arts. 1300 y siguientes. Pero si el usufructuario no inscribió su derecho puede ocurrir que esa enajenación nula resulte eficaz respecto á tercero y perjudique al usufructuario.

En efecto, aunque el art. 33 de la ley Hipotecaria declara, que la inscripción no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á derecho, el art. 34 añade que, «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los actos y contratos otorgados ó ejecutados por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto á tercero, aunque después se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de un título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del Registro.» Prescindimos de la notificación de que habla despues el mismo artículo porque la creemos llamada á desaparecer, y ni se comprende en la ley Hipotecaria de Ultramar, ni en el proyecto de reforma de la de la Península.

Con el art. 489 ofrece alguna analogía el 503.

Tampoco el art. 489, aun siendo su doctrina evidente, tiene en nuestra patria precedentes, exceptuando los proyectos de 1851 y 1882, á los cuales nos referimos pocas veces porque no llegaron á tener vida legal.

Guarda consonancia el precepto del art. 489 con los 991 del código de Méjico, 1339 del de Guatemala, 779 del de Chile y 497 del de Uruguay. El código de Portugal no tiene concordante. Los de Francia é Italia, arts. 599, párrafo 1.° y 495, repiten el principio de que el propietario no puede dañar de ninguna manera los derechos del usufructuario.

ARTÍCULO 490

El usufructuario de parte de una cosa poseída en común ejercerá todos los derechos que correspondan al propietario de ella referentes á la administración y á la percepción de frutos ó intereses. Si cesare la comunidad por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se adjudicare al propietario ó condueño.

Cuanto dijéramos sobre este artículo sería innecesario después de cuanto expusimos en los comentarios de los arts. 392 á 406 y 450.

El art. 490 es tan nuevo como innecesario. En el 2869 del código de la República Argentina se consignan preceptos análogos.

SECCIÓN TERCERA

OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

ARTÍCULO 491

El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado:

1.º A formar, con citación del propietario ó de su legítimo representante, inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles.

2.º A prestar fianza, comprometiéndose á cumplir las obligaciones que le correspondan con arreglo á esta sección.

Dedícase la sección 3.ª del capítulo y título que examinamos á exponer las obligaciones del usufructuario; pero no por ello debe entenderse, como parecería lógico y natural, que se hallan incluídas en esta sección todas las obligaciones impuestas al mismo. En la sección 2.ª, y mezcladas con los derechos, hemos visto que se in-

cluyen algunas obligaciones, especialmente en los arts. 481 al 483. En la sección 4.ª tendremos ocasión de observar otras obligaciones relacionadas con la terminación del usufructo.

Se ha dividido siempre esta materia en tres grupos: 1.° Obligaciones del usufructuario antes de empezar el usufructo. 2.° Durante el usufructo. 3.° A la terminación del mismo.

Del primer grupo de obligaciones del usufructuario se ocupan los arts. 491 al 496 y el 507.

Dos son las únicas obligaciones que se imponen al usufructuario, antes de entrar *en el goce* de los bienes, y ambas se comprenden en el art. 491: 1.ª Formación de inventario. 2.ª Prestación de fianza.

I.—INVENTARIO.

Nada más natural que la imposición de esta obligación al usufructuario como la primera y más esencial. Al constituirse en cualquier forma un usufructo por la ley ó por la voluntad, lo primero es conocer los bienes ú objetos sobre que recae. Interesa al usufructuario que se haga constar los que sean, para que no pueda exigírsele más que la devolución de ellos ó de su valor. Interesa también al nudo propietario, á quien deben volver un día, para no recibir menos de lo que se entregó. Sin esta nota, relación ó descripción de bienes, el transcurso del tiempo podría borrar su recuerdo y suscitarse dudas ó cuestiones á la terminación del usufructo; de aquí que en ningún caso debería dispensarse la obligación de formar inventario, porque siempre puede hacerse, y su exigencia no implica desconfianza alguna.

Poco explícito el art. 491, se limita á sentar en general una obligación del usufructuario, exigiendo solamente que en el inventario se incluyan *todos* los bienes comprendidos en el usufructo, que se *tasen* los muebles y se describa *el estado* de los inmuebles. Conviene que el inventario sea lo más minucioso y detallado posible, y comprenderá en primer término la descripción de cada una de las cosas ó derechos que deben ser usufructuados, expresando en los inmuebles su naturaleza, situación, extensión superficial, linde-

ros y circunstancias especiales, y además, como exige el artículo, el estado en que se encuentren al principio del usufructo; en los muebles, su naturaleza, destino, número, etc., y su valor por tasación para el caso en que, por perderse ó desaparecer, deba pagarse después su estimación; y en los derechos su naturaleza, objeto sobre que recae, condiciones, extensión y cargas.

A la formación del inventario deben concurrir el usufructuario y el nudo propietario. Sin embargo, el núm. 1.º del art. 491 no exige la intervención de este último, bastando que sea citado al efecto él ó su legítimo representante (padre, tutor, marido, etc.). El usar la ley la frase *representante legítimo* y no *representante legal*, parece indicar que aun es suficiente la citación hecha á un administrador ó mandatario: en suma, á un representante voluntario, pero legítimo. Con esta citación puede, si quiere, asistir el nudo propietario ó quien le represente; mas si no asiste, el inventario, no sólo puede formarse sin su intervención, sino que debe formarse sin tal requisito, como obligación especial impuesta al usufructuario.

El nudo propietario que tiene conocimiento de que va á hacerse el inventario de los bienes y no concurre á su formación, parece que renuncia su derecho y se conforma con el que haga el usufructuario. No obstante, si observase después algún error ú omisión, puede pedir la rectificación, adición ó suplemento; pero en este caso, si el usufructuario se opone, tendrá el nudo propietario obligación de probar lo que afirma para conseguir su deseo.

Nada dice la ley sobre la forma en que ha de hacerse el inventario; pero esto mismo prueba que es válido en cualquier forma que se haga, judicial ó extrajudicialmente, por documento público ó privado. Si se consigna en documento privado, debe extenderse en el papel sellado correspondiente, siendo conveniente la asistencia de testigos. Cuando se trate de bienes inmuebles, toda vez que la constitución del usufructo, como derecho real, está comprendida en el núm. 1.º del art. 1280 del Código y en los núms. 2.º y 3.º de la ley Hipotecaria, y como tal debe consignarse en documento público, la misma escritura de constitución comprenderá la descrip-

ción de los bienes, hecha en legal forma, y servirá de inventario.

Por lo demás, la ley supone que el usufructo se constituye sobre varios bienes; pero si sólo comprende un objeto (una finca ó un carruaje, por ejemplo), su descripción, y su estado ó tasación, son igualmente necesarios. La tasación pueden hacerla de común acuerdo las partes interesadas; pero si no hay avenencia ó no interviene el nudo propietario, debe llevarse á efecto por peritos ó personas prácticas y entendidas en relación á los objetos que deban apreciarse.

Por último, los gastos de formación del inventario, aunque nada dice tampoco la ley, deben ser satisfechos por el usufructuario. Sería anómalo que constituyendo dicho requisito una obligación del usufructuario, éste la cumpliese á costa del nudo propietario, que ni aun tiene necesidad de intervenir. Esta es también la solución que dan los códigos extranjeros, que preven el caso, y la consideramos irremediable, en vista del silencio que guarda el nuestro. Esto es lo legal, por más que sería más justo que la obligación de formar inventario se impusiese al nudo propietario y al usufructuario, y que entre ambos pagasen los gastos.

La obligación de formar inventario al constituirse el usufructo, puede decirse que existía antes del Código, fundada más bien en la costumbre que en texto alguno legal.

II.—Fianza.

La necesidad de la fianza no se siente tanto como la de la formación de inventario, por lo que no siempre debe estimarse indispensable. El núm. 2.° del art. 491 sólo da una regla aprovechable: el usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado á prestar fianza. Lo demás que expresa, parte de un error, el de suponer que todas las obligaciones del usufructuario se comprenden en la tercera sección. Aun la frase prestar fianza es lo bastante vaga para que se entienda por sí misma. Toca al comentarista explicar la ley y suplir sus deficiencias.

Por la fianza, dice el art. 1822, se obliga uno á pagar ó cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste. El obligado á

dar fiador, añade el 1828, debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. Por último, si el obligado á dar fianza no la hallare, preceptúa el 1855, se le admitirá en su lugar una prenda ó hipoteca que se estime bastante para cumplir su obligación.

No sabemos si el legislador en el art. 491 quiso emplear la palabra fianza en el mismo sentido del 1822, ó en general, como garantía real ó personal, que asegurase el cumplimiento de la obligación. Pero tenemos por indudable que el usufructuario cumple con presentar un fiador, y sólo en el caso de no hallarlo, podrá obligársele con arreglo al art. 1855, ó admitírsele, como éste dice, una prenda ó una hipoteca que se estime bastante para su objeto.

La ley Hipotecaria de Ultramar y el proyecto de ley Hipotecaria de la Península, en su art. 168, núm. 3.°, parece entender otra cosa distinta. «Se establece, dice, hipoteca legal en favor de los herederos del cónyuge premuerto sobre los bienes del sobreviviente, por la cuota hereditaria que corresponde usufructuar á éste, según la ley.» Es de notar que el Código civil sólo pide fianza, lo cual no es lo mismo dentro de su doctrina, que hipoteca, y menos aún hipoteca legal. Aunque la fianza se entienda, no como la define el art. 1822, sino en un sentido más amplio, como garantía en general, siempre debiera bastar la que ofreciese el obligado á prestarla si se estimaba suficiente, ya que determinadamente no exige el Código otra cosa; ó á lo más, la que se exige á los tutores, según el art. 253; debiendo haberse limitado el art. 168, núm. 3.°, de la ley Hipotecaria de Ultramar al caso en que se prestase fianza hipotecaria por el cónyuge viudo, como lo hace en el núm. 4.° del mismo artículo, al referirse á la hipoteca legal constituída sobre los bienes de los tutores á favor de los menores ó incapacitados, al decir: «A no ser que presten, en lugar de la fianza hipotecaria, la pignoraticia» ó la personal.

Hasta que la ley Hipotecaria de la Península contenga una disposición igual ó análoga á la de la ley de Ultramar, falta base para que los herederos del cónyuge premuerto puedan pedir, y el cónyuge sobreviviente pueda ser obligado á prestar hipoteca legal

alguna al contraer segundo matrimonio, ya que el art. 492 del Código civil, que es el aplicable, solamente exige en general la prestación de fianza.

¿Qué es lo que debe afianzar el usufructuario? Si atendemos al núm. 2.° del art. 491, solamente el cumplimiento de las obligaciones que le correspondan con arreglo á la Sección 3.ª. Es lástima que al corregir el Código no se eliminasen las últimas palabras, porque es lo cierto que, en virtud de la letra de la ley, el usufructuario puede no devolver cosas equivalentes á las fungibles que recibió, no reponer las cepas muertas, en suma, no cumplir obligaciones de las no comprendidas en la Sección 3.ª, sin que el fiador, ó la prenda, ó la hipoteca respondan, al parecer, de esa falta de cumplimiento. Es cierto que en la obligación del artículo 497 de cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia que se halla en la 3.ª sección, van incluídas otras varias obligaciones de la Sección 2.ª, y que la obligación de devolver los bienes como de esencia en el usufructo, en cuanto los bienes existan, no necesita afianzamiento; pero si esos bienes no existen y el usufructuario es insolvente, y la fianza no responde de la devolución de su equivalente ó de su valor, ¿cómo se reintegra el nudo propietario? Por esto afirmamos que el núm. 2.° del art. 491 estaría mejor redactado exigiendo simplemente la prestación de fianza para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del usufructuario, ya que el art. 522 no se halla colocado, como debiera, al final de la 3.ª sección.

La sentencia de 17 de Marzo de 1886 declara que la ley 20, título 31, Partida 3.ª, al ordenar que el usufructuario *«debe dar recabdo que la cosa en que há el usufructo non se pierda nin se empeore por su culpa, nin por cobdicia quel mueva á esquilmarla más de lo que conviene»*, indica claramente que la caución ó fianza ha de guardar la debida proporción con la cosa usufructuada, y ser suficiente para garantir la conservación de ésta sin detrimento ó menoscabo alguno, con lo cual está conforme la doctrina del Tribunal Supremo.

Esta sentencia es igualmente aplicable después de la promul-

gación del Código civil, y su doctrina más necesaria, si cabe, porque á través de la oscura é impropia redacción del núm. 2.° del art. 491, se ve claramente su espíritu, que no es ciertamente que se afiance el compromiso de cumplir obligaciones, compromiso desde luego aceptado al aceptar el usufructo, sino algo más preciso y concreto, responder de que si no se cumplen se abonarán los daños y los menoscabos que resulten, se indemnizará al nudo propietario, se pagará el valor de lo perdido por culpa, dolo ó negligencia, etc., en suma, asegurará la restitución de los bienes muebles ó de su valor, y el abono de los deterioros ocasionados en todos los que fueren objeto del usufructo. Nunca la fianza podrá extenderse á más que la obligación principal, nunca representará más valor que el de los mismos bienes usufructuados, pero siempre será proporcional á los mismos. Los bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos deberán ser inscritos en el Registro de la propiedad, y la inscripción asegurará los derechos del nudo propietario. Tal vez la forma indeterminada del artículo se explique por referirse sólo á una fianza personal.

Si no se hallare fiador y sobre la cuantía de la fianza se suscitasen cuestiones, resolverán los Tribunales. Si la fianza fuese hipotecaria, la inscripción es obligatoria, con arreglo al art. 1875.

Por último, debemos hacer constar que no existe artículo alguno que, sancionando las obligaciones que impone el art. 491, prive al usufructuario de su derecho por no formar inventario ó no prestar fianza. Combinando las disposiciones de los arts. 491, 494 y 496, puede deducirse que el usufructo empieza legalmente cuando proceda con arreglo al título constitutivo, que el inventario y la fianza son en tal sentido obligaciones posteriores al principio legal del usufructo, y que al no cumplirlas cuando procedan, los bienes no se entregan al usufructuario, no pasan á su poder, sin que por ésto deje de tener derecho á percibir los frutos, rentas, intereses, etc., que esos bienes produzcan. En tal sentido deben entenderse las frases del art. 491 «antes de entrar en el goce de los bienes». Goce viene á ser aquí, posesión, uso ó tenencia, no percepción de frutos: éstos no se pierden, pero las cosas no se entre-

gan hasta tanto que se haya practicado el inventario y prestado la fianza correspondiente, si por cualquier circunstancia no estuviere el usufructuario dispensado de ambas obligaciones ó de alguna de ellas. La sentencia de 7 de Noviembre de 1859 reconocía ya la verdad de esta doctrina.

La obligación de prestar fianza se consignaba en la ley 20, título 31, Partida 3.ª Sobre su aplicación, además de las sentencias citadas, puede verse la de 20 de Mayo de 1890.

Los arts. 600 y 601 de los códigos de Francia y Bélgica, 2221 del de Portugal, 496 y 497 del de Italia, 831 del de Holanda, 1340 del de Guatemala, 993 del de Méjico, 775 del de Chile, etc., concuerdan con el 491 del nuestro. Los códigos de Austria y Prusia establecen la regla general contraria, no exigiéndose al usufructuario fianza á no imponérsele esta obligación en el título constitutivo, ó haber justos motivos que hagan temer abusos por su parte.

III. — IMPUESTO DE DERECHOS REALES.

Otra obligación puede considerarse también anterior al ejercicio del usufructo: el pago del impuesto de derechos reales exigible por la constitución ó transmisión del derecho, lo mismo al usufructuario que al nudo propietario.

Los documentos en que conste la adquisición del usufructo deben presentarse en la Oficina liquidadora correspondiente, dentro del plazo de treinta días, á contar desde su otorgamiento en los constituídos por actos entre vivos, y dentro de seis meses, prorrogables por otros seis, y á contar desde la muerte del causante, en los constituídos por última voluntad.

El tanto por ciento exigible será el que corresponda al acto ó contrato especial de su constitución, con arreglo á la tarifa inserta en el Real decreto de 23 de Agosto de 1893, que modificó la de la ley del impuesto de Derechos reales de 25 de Septiembre de 1892.

Para la fijación del valor de cada derecho, ó sea para establecer la base del capital liquidable, debe tenerse presente lo dispues-

to en el art. 67 del Reglamento de dicho impuesto, también modificado por el Real decreto antes citado: «La base para la liquidación del impuesto es el verdadero valor de los bienes y derechos sujetos al mismo. El valor de los bienes se fijará, ó aceptando el que resulte del precio en venta, ó el declarado por los interesados, ó el que se obtenga por la comprobación administrativa. Y el de los derechos, con sujeción á las siguientes reglas:

»1.ª El valor de cada uno de los derechos de usufructo, nuda propiedad, uso y habitación, se estimará en el 25 por 100 del valor de la finca ó capital transmitido.

»2.ª En los usufructos á título hereditario, ya se constituyan por voluntad del testador ó por ministerio de la ley, abonará el usufructuario desde luego el impuesto que le corresponda sobre el 25 por 100 del valor de los bienes, y al mismo tiempo satisfará el adquirente de la nuda propiedad el que le corresponda sobre el 75 por 100 de dicho valor, sin perjuicio de satisfacer también por el 25 por 100 restante al extinguirse el usufructo y consolidarse con la nuda propiedad.

»Cuando el nudo propietario fuese incierto, se aplazará la liquidación hasta que fuese conocido; pero si siendo conocido careciese de bienes para realizar el pago de la cantidad que con arreglo al párrafo anterior debe liquidársele desde luego por dicho concepto, podrá el Ministro de Hacienda otorgar el aplazamiento de dicho pago, ya por tiempo determinado, ya hasta que se consolide el usufructo con la nuda propiedad, previa instancia del interesado, que presentará, dentro de los ocho días siguientes al en que se le notifique, la liquidación y formación de expediente. La carencia de bienes al sólo efecto de obtener la gracia á que este artículo se refiere, se justificará en dicho expediente mediante certificaciones de los repartimientos de la contribución territorial y de las matrículas de industrial, referentes, tanto á aquel como á su esposa, si la tuviese, é hijos menores de edad, información testifical administrativa, que habrá de practicarse ante el administrador de Hacienda ó el alcalde de la vecindad del peticionario, por delegación de dicho funcionario, é informe de la autoridad local refe-

rente á la posición económica y medios de subsistencia del interesado y alquiler que satisface por la habitación en que vive.

»Si el nudo propietario, después de haber obtenido del Ministro de Hacienda el aplazamiento del pago del impuesto, enajenase ó transmitiese su derecho antes de extinguirse el usufructo ó de terminar el plazo que se le haya concedido para verificar el pago, entonces, no sólo se exigirá el impuesto correspondiente á dicha transmisión, sino que se entenderá *ipso facto* vencido el término del aplazamiento, y deberá el nudo propietario satisfacer la cantidad liquidada á su nombre por dicho concepto.»

Pueden también consultarse sobre esta materia la sentencia del Tribunal Contencioso de 31 de Octubre de 1888, y Reales órdenes de 8 de Noviembre de 1889 y 3 de Agosto de 1892.

No mencionamos aquí la inscripción, porque es util y conveniente más no obligatoria, salvo el caso en que el usufructo motive hipoteca legal.

ARTÍCULO 492

La disposición contenida en el núm. 2.° del precedente artículo no es aplicable al vendedor ó donante que se hubiese reservado el usufructo de los bienes vendidos ó donados, ni tampoco á los padres usufructuarios de los bienes de sus hijos, ni al cónyuge sobreviviente respecto á la cuota hereditaria que le conceden los arts. 834, 836 y 837, sino en el caso de que los padres ó el cónyuge contrajeren segundo matrimonio.

El art. 492 contiene excepciones legales de la obligación de prestar fianza. En la primera edición del Código se hacía referencia al núm. 1.° del artículo anterior, error que se salvó en la revisión.

Es consecuencia que se desprende del art. 492 que en los casos que cita no queda dispensado el usufructuario de la obligación de formar inventario, como expresamente previene, con respecto á los padres, la segunda parte del art. 163.

Examinaremos dichas excepciones. No están obligados á prestar fianza los usufructuarios siguientes:

Primero. El vendedor ó donante que se hubiere reservado el usufructo de los bienes vendidos ó donados. Esta excepción, algo anormal, se refiere á los usufructos voluntarios, y aun puede afirmarse que á todos los constituídos por actos entre vivos, cuando el constituyente se reserva dicho derecho.

Es desde luego presumible que en la donación simple el donatario no ha de exigir fianza á la misma persona que espontanea y gratuitamente le cede la nuda propiedad de determinados bienes. Pero cabe que la donación sea remuneratoria ó con causa, y en este caso, como en el de venta, los interesados estipularan lo que crean más conveniente, y su voluntad será ley en virtud del artículo 470.

El art. 492, supletorio en esta parte de la voluntad expresa, como todos los que se ocupan del usufructo, ha de aplicarse cuando vendedor y comprador, donante y donatario, nada hayan previsto sobre la prestación de la fianza. Es de suponer que al no exigir esta de un modo expreso, no se conceptúa necesaria, y bajo este punto de vista el precepto del Código, de escasa utilidad práctica, puede decirse que, si bien no era necesario, no perjudica ni estorba á las relaciones de los particulares, pues se funda en lo que es más natural y verosimil.

El usufructo constituído por última voluntad en virtud de herencia ó legado, como no comprendido en la excepción, ha de seguir la regla general, y así, aunque el testador no exija expresamente la prestación de fianza, si no la dispensa con arreglo al artículo 493, el usufructuario estará obligado á constituírla.

No cabe cuestión respecto á los usufructos constituídos por donación puesto que este acto forma en el Código un grupo ó modo especial de adquirir, y aun así deben exceptuarse las donaciones por causa de muerte por su naturaleza especial. Pero la compraventa es un contrato, y aunque el más usual, lo cierto es que no existe razón para exceptuar de la prestación de fianza al vendedor que se reserva el usufructo de los bienes vendidos cuando expresamente no se conviene otra cosa, y exigírsela en caso igual al que permuta la nuda propiedad ó la adjudica para algún fin ú ob-

jeto determinado. Por esto la primera excepción del art. 492, apesar de sus palabras, quiso sin duda referirse á las transmisiones por actos entre vivos de la nuda propiedad con reserva del usufructo, y ni su precepto debe ser aplicable á *toda* donación, ni á *sólo* la compraventa entre los contratos onerosos.

Segundo. Tampoco están obligadas á prestar fianza los padres respecto á los bienes de sus hijos no emancipados que vivan en su compañía, cuyo usufructo les corresponda, con arreglo al art. 160, á no ser que contrajesen segundo matrimonio. Este precepto está tomado del art. 69 de la ley de Matrimonio civil, y aparece conforme con el 143 del Reglamento dictado para la ejecución de la ley Hipotecaria, que dice: «El párrafo segundo del art. 202 de la ley debe entenderse aplicable, según el art. 69 de la de Matrimonio civil, sólo en el caso de que el padre ó la madre contraigan segundas ó ulteriores nupcias.»

Hay desde luego contradicción entre este precepto del artículo 492, y el del párrafo primero del art. 163 del Código, según el cual «los padres tienen, relativamente á los bienes del hijo en que les corresponde el usufructo ó administración, las obligaciones de todo usufructuario ó administrador, y las especiales establecidas en la sección tercera del tít. 5.° de la ley Hipotecaria». La sección tercera del tít. 5.° de la ley Hipotecaria se ocupa de las hipotecas legales, disponiendo el art. 202, que «el hijo, por razón de su peculio, tiene derecho á que su padre asegure con hipoteca especial, si pudiere, los bienes que no sean inmuebles y pertenezcan al mismo peculio» (contraigan ó no los padres segundo matrimonio).

No nos detendremos en resolver esta antinomia legal, porque nadie duda que ha de aplicarse el art. 492 del Código y el 143 del Reglamento hipotecario. Así lo había ya resuelto la jurisprudencia, y aunque el art. 163 del Código, con excesiva ligereza y sin tener en cuenta lo ocurrido al redactar el repetido Reglamento, citó en parte un derecho ya reformado y derogado por la ley de Matrimonio civil, la ley del Registro de la propiedad de Ultramar, así como el proyecto de reforma de la de la Península

no dan lugar á duda alguna sobre esta cuestión, y harán que la cita hecha por dicho art. 163, hoy inexacta, se convierta en verdadera.

Los artículos aplicables, según la reforma de dichas leyes, teniendo en cuenta la doctrina del Código, serán los siguientes:

«Art. 200. El padre, y en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aunque con la obligación de constituir hipoteca legal en favor de los últimos cuando contrajeren segundas nupcias.

»Art. 201. Los hijos á cuyo favor establece el artículo anterior hipoteca legal, tendrán derecho:

»1.° A que los bienes inmuebles de su pertenencia se inscriban á su favor, si ya no lo estuviesen.

»2.° A que su padre, ó en su caso su madre, asegure con hipoteca especial, si pudiere, los bienes que no sean inmuebles pertenecientes á los mismos hijos.

»Art. 202. Se entenderá que no puede el padre, ó en su caso la madre, constituir la hipoteca de que trata el artículo anterior, cuando carezca de bienes inmuebles hipotecables.

»Art. 203. Si los bienes inmuebles que tuviesen los padres fuesen insuficientes, constituirán, sin embargo, sobre ellos la hipoteca, sin perjuicio de ampliarlos á otros que adquieran después, en caso de que se lo exijan.

»Art. 204. Podrán pedir, en nombre de los hijos, que se hagan efectivos los derechos expresados en el art. 201:

»1.° Las personas de quienes procedan los bienes.

»2.° Los herederos ó albaceas de dichas personas.

»3.° Los ascendientes del menor.

»Art. 206. En caso de que las personas mencionadas en el art. 204 no pidan que se hagan efectivos los derechos expresados en el 201, podrá el Fiscal solicitarlo de oficio.»

Haremos dos solas observaciones:

1.ª Que aunque tanto el art. 492 del Código, como el 200 de la ley Hipotecaria de Ultramar hablan de los *padres*, ó sea del padre y en su defecto de la madre, ha de tenerse presente que, se-

gún el art. 168 del Código, la madre que pase á segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos (y por tanto el usufructo y la administración de sus bienes), á no ser que el marido difunto, padre de dichos hijos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera segundo matrimonio, y ordenado que aun en tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos.

2.ª Que aunque el art. 491, como el 492, hablan de fianza solamente, el 200 y siguientes de la ley Hipotecaria hablan de hipoteca, lo cual en esta parte tiene alguna explicación, porque estos últimos artículos, como el 163 del Código, no se refieren solamente á los padres en concepto de usufructuarios, sino más bien á su cualidad de administradores.

Tercero. El cónyuge sobreviviente, respecto á la cuota hereditaria que le conceden los artículos 834, 836 y 837, se halla también exceptuado de prestar fianza, á no ser que contraiga segundo ó ulterior matrimonio.

Esta disposición, en unión con las de los artículos que se citan, ha servido de base á la ley del Registro de la propiedad de Ultramar, y al proyecto de reforma de la de la Península, para crear una nueva hipoteca legal, como dijimos al comentar el art. 491, sin echar de ver que allí donde la ley fundamental sólo pide una fianza, no procede imponer como obligatoria una hipoteca.

Aunque dicha hipoteca, solo exigible en caso de contraerse segundo matrimonio, se establece á favor de los *herederos* del cónyuge premuerto, ésto no ha de entenderse siempre cierto en absoluto, pues ya por no haber descendientes legítimos, ya porque aun habiéndolos, el gravamen de usufructo haya de imponerse sobre el tercio libre, en muchos casos serán simples legatarios los dueños de los bienes usufructuados por el cónyuge, razón por la cual la hipoteca debió establecerse á favor de los nudos propietarios, verdaderos interesados en obtener la garantía necesaria del cumplimiento de las obligaciones impuestas al cónyuge como usufructuario.

Hemos reflexionado sobre el precepto del Código y buscado en

vano la razón de exigirse, lo mismo en el caso de los arts. 836 y 837 que en el del 834, el segundo ó ulterior matrimonio, para obligar al cónyuge sobreviviente á constituir fianza. Sólo una confusión de ideas puede haber sido causa de que se establezca como general un precepto que debiera ser especial para el caso de concurrir ese cónyuge con descendientes á la herencia. La confianza que el cónyuge viudo como usufructuario puede inspirar á sus coherederos, no es, en efecto, la misma cuando concurre á la herencia con sus propios descendientes, que en el caso de concurrir con otras personas; así es que el segundo matrimonio, que desde luego constituye un peligro para los hijos de la primera unión, no altera la verdadera situación de ese cónyuge respecto á otra clase de coherederos ó legatarios, teniendo escasa ó ninguna influencia en sus relaciones con los nudo propietarios. Por esto creemos que la excepción del art. 492, en lo relativo al cónyuge por su cuota usufructuaria, debió limitarse al caso de ser los nudo propietarios sus mismos descendientes, exigiéndose entonces fianza al usufructuario sólo en el caso de contraer segundas nupcias, y siempre si los nudo propietarios fuesen ascendientes, colaterales ó extraños.

* * *

En cuanto al marido, como administrador y usufructuario de los bienes que constituyen la dote inestimada de su mujer, no está obligado á prestar la fianza de los usufructuarios comunes en virtud del art. 1358; pero sí á inscribir en el Registro, si no lo estuvieren, á nombre de la mujer y en calidad de dote inestimada, todos los bienes inmuebles y derechos reales que reciba en tal concepto, y á constituir hipoteca especial suficiente para responder de la gestión, usufructo y restitución de los bienes muebles.

Nada diremos sobre fianza ó hipoteca de las personas obligadas á reservar, porque no las conceptuamos usufructuarios legales, y sus obligaciones serán examinadas debidamente al comentar los artículos 811 y 968 al 980.

ARTÍCULO 493

El usufructuario, cualquiera que sea el título del usufructo, podrá ser dispensado de la obligación de hacer inventario ó de prestar fianza, cuando de ello no resultare perjuicio á nadie.

El art. 493 reduce aun más la esfera de acción del 491, y no se refiere solamente á la obligación de prestar fianza, como el 492, sino también á la de formar inventario.

En todos los casos en que no resulte perjuicio para nadie por el no cumplimiento de esas obligaciones, puede ser el usufructuario dispensado de ellas. Deducen de aquí los autores que el art. 493 es aplicable en tres situaciones diferentes:

Primera. Cuando el nudo propietario dispensa la prestación de fianza ó la formación de inventario. El perjuicio, si llegare á existir, habría de recaer sobre él; la obligación se impone en su favor; se trata, pues, de un derecho que el nudo propietario puede renunciar. Tan cierto es esto, que hasta en Cataluña, donde por testamento no puede condonarse la caución de usar y disfrutar como hombre de bien á aquel á quien se deja en usufructo un legado ó un fideicomiso, decide la sentencia de 10 de Abril de 1893 que si el testador relevó al usufructuario de fianza, y los herederos practicaron la partición sin exigirla, éstos hechos, apreciados por la Sala sentenciadora, significan, á más de que los herederos hacen suya la voluntad del testador, una, aunque implícita, real y efectiva condonación ó relevación de la caución.

En los casos á que se refiere la primera excepción que se consigna en el art. 492, no es preciso obtener dispensa de la fianza, pues al no exigirse, no procede prestarla con arreglo á la ley.

Segunda. Cuando el título constitutivo del usufructo releve al usufructuario de la obligación de afianzar, de la de formar inventario ó de ambas. Este caso es frecuente, sobre todo en los usufructos constituídos por última voluntad, y se explica por la confianza

que al constituyente merece la persona del usufructuario. Véase la sentencia de 19 de Diciembre de 1893.

Se apoya ésta excepción en el art. 470, según el cual, las obligaciones del usufructuario serán, ante todo, las que determine el título constitutivo del usufructo.

La generalidad de expresión del art. 493 «cualquiera que sea el título del usufructo», hace que su precepto haya de considerarse extensivo aun á aquellos casos en que la ley obliga al usufructuario legal á afianzar, sin perder, no obstante, de vista, que para que proceda la excepción, ó sea la relevación ó dispensación de fianza, es necesario, según el mismo art. 493, que de ello no resulte perjuicio para nadie. Esta regla, en absoluto, es difícil que se cumpla.

Cuando el que dispensa es el nudo propietario, se entiende que no hay perjuicio ó se conforma con él; cuando es una persona distinta, por ejemplo, un testador, en tanto será eficaz la relevación de fianza en cuanto esté en su mano causar ó no el perjuicio á los nudo propietarios, esto es, en cuanto sea él el verdadero interesado. Así, por ejemplo, el cónyuge que muere con descendientes, entendemos que no puede relevar de la fianza al sobreviviente para el caso de que éste contraiga segundo matrimonio, en cuanto á los bienes que los descendientes reciban en nuda propiedad por ministerio de la ley, porque correspondiendo de derecho esos bienes á los descendientes, ellos son los únicos interesados y se les podría causar perjuicio sin contar con su voluntad. En cambio, si un extraño lega á un menor por su exclusiva voluntad determinados bienes, cuyo usufructo y administración corresponda á su padre, bien podría relevar á éste de la obligación de afianzar aun cuando contrajese segundo matrimonio, porque el verdadero interesado es ese extraño que pudo limitar á su arbitrio el derecho concedido al menor.

No se nos oculta que en los usufructos legales el único constituyente es la ley, ni perdemos de vista lo dispuesto sobre formación de inventario en el párrafo segundo del art. 163; pero entendemos que el respeto á la voluntad del dueño de los bienes, y las palabras del art. 493 «cualquiera que sea el título del usufructo», favorecen la apuntada solución.

Tercera. Cuando el usufructuario pida dicha relevación de las expresadas obligaciones de inventario y fianza y no resulte perjuicio para nadie. Si en este caso el nudo propietario no concede la relevación, puede obtenerse declaración judicial, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del usufructo. Esta última excepción de la regla general ha de ser bastante rara, por no ser fácil que el nudo propietario quede en absoluto libre del temor de sufrir un perjuicio, y si no hay perjuicio, no ser verosímil que se oponga á dispensar la fianza y el inventario. Se comprende que si el usufructo se constituye sobre el derecho á percibir una renta ó una pensión periódica, no haya necesidad de inventario ni de fianza, puesto que los bienes ó el capital no se entregan al usufructuario y no puede existir perjuicio por la relevación que haga el nudo propietario, ó la Autoridad judicial en su defecto; pero no se comprende que en el caso expuesto ú otros análogos haya necesidad de acudir á los Tribunales por resistirse el propietario. Es de suponer que el artículo no tenga el alcance que ha querido dársele.

Es otro caso de excepción el art. 495, según el cual, atendiendo sin duda á la escasa fortuna del usufructuario, se le conceden determinados derechos, mediante simple caución juratoria.

El código de Portugal, en el último párrafo del art. 2221, dice: «El usufructuario por donación ó testamento puede ser dispensado por el donante ó el testador de las obligaciones de inventario y fianza, siempre que no haya ofensa de los derechos de tercero.» El art. 493 del nuestro, aunque redactado en términos demasiado generales, nos parece que quiso inspirarse en la misma idea, sin limitar el principio á los usufructos constituídos por donación ó testamento; pero refiriéndose en la frase «podrá ser dispensado» al ejercicio de este derecho por el nudo propietario, y en la de «no resultare perjuicio á nadie», al perjuicio de un tercero, una persona distinta al usufructuario y al dueño. Convenimos, no obstante, en que no hay inconveniente en aplicar el artículo en la forma que lo hemos hecho.

ARTÍCULO 494

No prestando el usufructuario la fianza en los casos en que deba darla, podrá el propietario exigir que los inmuebles se pongan en administración, que los muebles se vendan, que los efectos públicos, títulos de crédito nominativos ó al portador se conviertan en inscripciones ó se depositen en un Banco ó establecimiento público, y que los capitales ó sumas en metálico y el precio de la enajenación de los bienes muebles se inviertan en valores seguros.

El interés del precio de las cosas muebles y de los efectos públicos y valores y los productos de los bienes puestos en administración pertenecen al usufructuario.

También podrá el propietario, si lo prefiriere, mientras el usufructuario no preste fianza ó quede dispensado de ella, retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador, y con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido, deducida la suma que por dicha administración se convenga ó judicialmente se le señale.

El usufructuario que no preste fianza debiendo prestarla, no entrará en posesión de los bienes en que consista el usufructo; pero conserva el derecho á los frutos ó intereses de los mismos. Tal es, en resumen, el espíritu del art. 494.

Dos medios tiene el nudo propietario para hacer cumplir este precepto, y se señalan en los párrafos primero y tercero del mismo artículo.

Primero. Distingue la ley entre bienes inmuebles y bienes muebles, y en éstos el metálico, los efectos públicos y títulos de crédito (nominativos ó al portador), y todos los demás. En la frase bienes muebles debemos ver, por consiguiente, un concepto especial que los comprende todos, menos los que se enumeran con separación.

A.—Los *bienes inmuebles* se ponen en administración, entre-

gándolos al efecto á un tercero, que cuida de su conservación y producción. Este tercero ha de rendir cuentas entregando los frutos ó productos al usufructuario, con arreglo al párrafo segundo de este artículo; pero con derecho al reintegro de los gastos que se hayan originado, y á un tanto por ciento por administración, pues á nadie puede exigírsele que cuide gratuitamente los intereses ajenos.

La suma señalada por administración, necesaria, aunque no prevista en el párrafo primero del art. 494, será la que se señale de común acuerdo, y en su defecto la que determine la Autoridad judicial.

La administración por el tercero cesará en cuanto el usufructuario preste fianza ó quede dispensado de ella, y si no llegare á prestarla ni obtuviese relevación, á la terminación del usufructo, salvo si antes por cualquier otra circunstancia fuese necesario remover ó separar al administrador.

B.—Bienes muebles.—Deben venderse, y aunque nada dice la ley, es lógico que en el acto de la venta pueda intervenir el usufructuario. No exige el artículo pública subasta ni formalidad alguna, por lo que no debe estimarse indispensable. Como el nudo propietario se halla también interesado, porque el precio de la venta constituye un capital de su propiedad, no es de temer que trate de perjudicarse á sí mismo y al usufructuario. Dicho precio se invierte en valores seguros ó cuya pérdida no sea fácil, y los intereses ó renta de esos valores pertenecen al usufructuario. Conveniente será obrar de acuerdo con éste respecto á la colocación del dinero ó precio obtenido, y así parece autorizarlo en un caso análogo el art. 507, debiendo estimarse valores seguros las mismas inscripciones de que habla el art. 494, los créditos hipotecarios, compra de fincas, etc.

De la venta de muebles pueden exceptuarse, según el art. 495, los que por su mérito artístico ó porque tengan un precio de afección, quiera conservarlos en su poder el nudo propietario, y los que necesite el usufructuario para su uso ó para la industria á que se dedique.

C.—Los efectos públicos y títulos de crédito nominativos ó al portador deben convertirse en inscripciones ó depositarse en un Banco ó establecimiento público. Alude sin duda el art. 494 con la palabra inscripciones á las de la Deuda pública, á los documentos ó títulos intransferibles de una renta perpetua. Ya se adopte el sistema de conversión ó el depósito, queda asegurado el derecho del usufructuario á quien corresponde el interés de los efectos públicos ó títulos.

D.—Por último, si el usufructo es de un capital en metálico, ó en cuanto al métalico que exista entre los bienes objeto del usufructo, se seguirá la misma regla que en cuanto al precio obtenido por la venta de los bienes muebles.

Segundo. En vez de seguir este variado procedimiento, el nudo propietario puede retener en su poder los bienes del usufructo, administrando todos ellos, cualquiera que sea su clase. En este caso, así como percibe una suma por administración, ha de rendir cuentas al usufructuario, entregándole, como dice el párrafo tercero del art. 494, el producto líquido de los bienes. Parece natural que dicho usufructuario pueda inspeccionar por sí ó por otro esa administración.

La retención de los bienes continuará hasta la prestación ó relevación de la fianza ó hasta la terminación del usufructo. Afirma un distinguido comentarista que el párrafo tercero del art. 494 otorga un derecho al nudo propietario del que puede usar siempre que el usufructuario no preste fianza, aunque *haya sido dispensado* de ella, y si esto fuera cierto, quedaría al arbitrio del nudo propietario cambiar la esencia propia del usufructo, según la cual, corresponde al usufructuario la tenencia ó posesión de los bienes.

Cierto que si así se conviene, ó si el nudo propietario dispensa la fianza bajo esa condición, impera la voluntad de las partes, con arreglo al art. 470, y puede emplearse el medio indicado en el 494 ú otro cualquiera. Pero si la dispensa de la fianza no se otorga con esa condición, ó no se concede por el nudo propietario, sino por la ley ó el constituyente, dicho nudo propietario carece de

derecho para retener los bienes en su poder y administrarlos. Basta para convencerse de ello leer atentamente el principio del párrafo tercero del art. 494: «También podrá el propietario, si lo prefiriere, *mientras* el usufructuario no preste fianza ó quede dispensado de ella, etc. La disposición, como se ve, es provisional, *mientras* el usufructuario no preste fianza ó sea dispensado de ella; desde el momento que obtenga esa dispensa ó preste la fianza, cesa la retención y administración, como solución interina, anormal y extraordinaria. Así también lo comprueba el artículo en conjunto, pues todo él se basa en una situación especial: un usufructuario que *debiendo* prestar fianza no la presta.

Preve, pues, el art. 494 á ese período irremediable que ha de existir en el usufructo desde que éste empieza legalmente hasta que la fianza se constituye ó se decide sobre su relevación, período que puede ser más ó menos largo y prolongarse por impotencia ó falta de voluntad del usufructuario, y que impide la entrega á éste de los bienes, sin perjuicio de atender á su administración. Sin embargo, una vez decidido que el usufructuario debe dar fianza, si no la presta, puede emplearse el medio indicado en el párrafo primero ó en el tercero. Hasta tanto que eso ocurra, esto es, mientras se gestiona la dispensa ó la fianza se constituye, si ha de constituírse, sólo procede el medio del párrafo tercero, porque no hay razón para más.

OBSERVACIONES GENERALES

1.ª El art. 494 concede un derecho potestativo al nudo propietario. Si éste no quiere usar de él, puede entregar los bienes desde luego al usufructuario.

2.ª Es aplicable siempre que no se preste fianza, sea por negarse á ello el usufructuario, por falta de recursos, por gestionar la relevación ó por otra circunstancia, con la limitación en cuanto al primer medio que queda indicada anteriormente.

3.ª Respecto á los bienes que no produzcan frutos, no cabe hacer distinción en el párrafo primero del artículo. O son muebles,

ó inmuebles. Si lo primero, se venden; si lo segundo, entran en administración, procurando, si es posible, hacerles producir; de éstos habrá algunos cuyo producto sólo se obtendrá á largos períodos, como el derecho sobre ciertas especies de arbolado; otros pueden no hallarse en condiciones apropiadas, como una casa no alquilada y quizás ruinosa. El usufructuario, en la situación especial del art. 494, nada puede usar, sólo percibe frutos, rentas, intereses ó utilidades.

4.ª La retribución por la administración, quede ésta en poder del nudo propietario ó de un tercero, debe deducirse de los productos de los bienes objeto del usufructo, como cargo del usufructuario.

5.ª El art. 507 guarda bastante relación con el que examinamos.

6.ª Lo dispuesto en el art. 495 es excepción de lo que preceptúa el 494.

Cuestiones.—¿Puede enajenar su derecho el usufructuario que no posee los bienes por virtud del precepto del art. 494? Creemos que puede enajenarlo, pero en la misma forma que á él le corresponde, sin perjuicio del derecho del adquirente de prestar la fianza para que le sean entregados los bienes. El arrendamiento no es posible.

¿Es aplicable el art. 494 á los usufructos legales?—Puesto que procede la aplicación del art. 494 siempre que no preste el usufructuario la fianza en los casos en que deba darlas, es evidente que si por contraer segundo matrimonio el padre ó el cónyuge sobreviviente, se hallan obligados á afianzar como usufructuarios legales, y sin embargo, no afianzan, deberán ser privados de la posesión de los bienes, procediéndose en armonía con lo dispuesto en este artículo. Al efecto, en nombre de los hijos podrán obrar las mismas personas á quienes corresponde exigir la hipoteca legal, según los arts. 204 y 206 de la ley del Registro de la propiedad de Ultramar y proyecto de reforma de la de la Península.

Concuerda el art. 494 con el 2222 del código de Portugal, 602 á 604 de los de Francia y Bélgica, 498 á 500 del de Italia,

833 y 834 del de Holanda, 2853 á 2857 del de la República Argentina, etc., siendo los preceptos casi idénticos, si bien, por regla general, sólo se procede á la venta de los muebles que se consumen por el uso.

ARTICULO 495

Si el usufructuario que no haya prestado fianza reclamare, bajo caución juratoria, la entrega de los muebles necesarios para su uso, y que se le asigne habitación para él y su familia en una casa comprendida en el usufructo, podrá el Juez acceder á esta petición, consultadas las circunstancias del caso.

Lo mismo se entenderá respecto de los instrumentos, herramientas y demás bienes muebles necesarios para la industria á que se dedique.

Si no quisiere el propietario que se vendan algunos muebles por su mérito artístico ó porque tengan un precio de afección, podrá exigir que se le entreguen, afianzando el abono del interés legal del valor en tasación.

El art. 495 preve un caso especialísimo, dando nuevas facilidades al usufructuario que no puede prestar fianza. Debe entenderse que se refiere al que debiendo prestarla no la presta, no al que se halle dispensado de esa obligación.

Aparentemente, el último párrafo no guarda relación con los anteriores; parece un fragmento desprendido del 494 que por causas extrañas se hubiera adherido al 495, como la porción de terreno arrancada de una finca y llevada por la fuerza del río al predio vecino. Pero bien examinado el artículo, no deja de haber alguna relación entre sus diversos preceptos.

Es, en verdad, algo violento el medio de proceder á la enajenación de los bienes muebles objeto del usufructo, y en ciertos casos resulta injusto. A moderar este rigor tiende el art. 495. Apreciado en conjunto, se observa que es todo él excepción del 494. Es triste que necesitando el usufructuario un albergue para él y su

familia y llegando á adquirirlo en virtud de herencia, compra, legado ó donación, se vea privado de ese beneficio ó no pueda disfrutar habitación, pasando ésta en administración á un tercero, por carecer de medios y no tener persona que por él salga fiador. Es igualmente sensible que muebles necesarios para la vida, como camas, sillas, etc., ó herramientas y útiles necesarios para el ejercicio de alguna industria, que al usufructuario pueden prestar una utilidad irremplazable, sean mal vendidos para procurarle una limosna por no poder afianzar. La disposición del art. 495 se presenta, por lo tanto, como un áncora de salvación para el usufructuario, como prueba de la previsión del legislador, y como feliz y caritativo pensamiento digno del aplauso general.

El nudo propietario es el que en primer término puede conceder al usufructuario el derecho marcado en los dos primeros párrafos del art. 495, y sólo cuando él se niegue, deberá recurrirse á los Tribunales. Estos *podrán* acceder á la petición del usufructuario consultadas las circunstancias del caso, ó sea apreciando el resultado de las pruebas ofrecidas acerca de la imposibilidad de dar la fianza, necesidad de la habitación y de los muebles ó herramientas, buena conducta del usufructuario que garantice los intereses del nudo propietario, etc. Si se accede á la petición, en vez de observar el art. 494, se entregarán los bienes que detalla el 495 al usufructuario bajo caución juratoria, ó promesa de cuidar como un buen padre de familia de los objetos entregados, y de restituirlos á la terminación del usufructo. Al efecto puede también otorgarse mayor amplitud al derecho que al nudo propietario concede en caso de abuso el art. 520.

Estimamos que el usufructuario en esta especial situación no puede enajenar su derecho ni arrendar.

Resulta, pues, que aun en el caso de deber venderse los muebles pueden ser entregados al usufructuario en virtud de los párrafos primero y segundo del art. 495, ó al nudo propietario en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero, que también, fundado en la equidad, permite conservar objetos de mérito artístico, ó que constituyan recuerdos de familia, ó tengan algún valor de afección,

afianzando, á satisfacción del usufructuario, el abono del 6 por 100 de intereses del valor en tasación.

Los mismos artículos de los códigos extranjeros, citados en el comentario del art. 494, se ocupan de lo que dispone el 495.

ARTÍCULO 496

Prestada la fianza por el usufructuario, tendrá derecho á todos los productos desde el día en que, conforme al título constitutivo del usufructo, debió comenzar á percibirlos.

La redacción del 496 se presta á varios errores. Con perfecta lógica pudieran deducirse de él las dos consecuencias siguientes: 1.ª, el usufructuario dispensado de dar fianza, puesto que no la presta, no tiene derecho á los productos de los bienes; 2.ª, tampoco tiene este derecho el que por cualquier motivo no afiance, á pesar de lo que en contrario afirma el art. 494.

Sin embargo, ha de entenderse otra cosa muy distinta. Los frutos ó productos, rentas ó intereses de los bienes son siempre del usufructuario, preste ó no fianza. Si está dispensado de ella ó llega á prestarla, su derecho es más extenso, pues puede exigir la entrega de los bienes. El art. 496 sólo indica el día en que empieza legalmente el usufructo refiriéndose al título de su constitución; aunque antes no se le hayan entregado los productos, tiene derecho á ellos desde el principio del usufructo; cualquiera que sea el tiempo que se invierta en el otorgamiento de la fianza y la formación de inventario, no debe entenderse que el cumplimiento de estas obligaciones es el que determina el nacimiento del derecho; los efectos de estas formalidades se retrotraen á la época del principio legal del usufructo.

El art. 494 se refiere, pues, á un usufructuario que debe prestar fianza y no quiere ó no puede prestarla, ó á uno que puede ser dispensado, pero aun no ha obtenido relevación. El 496 á uno que debe prestarla y está dispuesto á ello, y en efecto la presta, aunque naturalmente después de empezar el usufructo.

No hay contradicción alguna entre el art. 496 y los 882 y 884 que determinan el momento en que el legatario hace suyos los frutos, puesto que aquél respeta desde luego la naturaleza del título constitutivo y quiere que éste obre sus naturales efectos desde que deba legalmente producirlos, sea desde la muerte del testador, desde un día determinado, desde el cumplimiento de la condición, etc.

ARTÍCULO 497

El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia.

ARTÍCULO 498

El usufructuario que enajenare ó diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa ó negligencia de la persona que le sustituya.

Cumplidas las obligaciones previas ó dispensado de ellas el usufructuario, entra en la posesión y disfrute de los bienes, y ante todo le impone la ley el deber de cuidar de las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia. Borrada en el Código la distinción entre la culpa lata, leve y levísima, guarda el art. 497 relación con el 1104, al que nos referimos en otro lugar.

La ley 22, tít. 31, Partida 3.ª, consignaba el mismo principio: «Guisada cosa es é derecha, que qualquier á quien fuesse otorgado el vsofruto de alguna casa, ó de alguna heredad, ó en algunos ganados, que assi como quiere auer la pro en que le es otorgado este derecho, que pune cuanto pudiere, de la aliñar, é de la guardar, é la de la endereçar bien, é lealmente de manera que si fuere casa, que la repare, é la enderece que non caya nin se empeore por su culpa. E si fuere heredad, que la labre bien, é la aliñe. E si fuere viña ó huerta, que faga esso mismo...»

Los Tribunales, en cada caso, apreciarán cuándo ha existido

culpa ó negligencia por parte del usufructuario. Este no responde del caso fortuíto, en virtud de la regla general del art. 1105, fuera de los casos expresamente mencionados por la ley, entre los cuales se hallan los deterioros ó desperfectos de escasa importancia fácilmente reparables, como la destrucción de un olivo por un rayo, la pérdida de una oveja arrebatada por un lobo, etc. Ahora bien: como para que haya caso fortuíto es necesario que los hechos no hubieran podido preverse, ó que previstos, fueran inevitables, al ocurrir un accidente que lo mismo pueda estimarse casual que voluntario, toca al usufructuario probar que ni pudo preverse ni evitarse, para librarse de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados en los bienes objeto del usufructo.

Es opinión general que el nudo propietario puede exigir al usufructuario la responsabilidad en caso de dolo ó negligencia en el acto y sin esperar á la terminación del usufructo, porque, como dice Laurent, desde que hay un perjuicio, hay acción para pedir su resarcimiento; pero ni debe perderse de vista que el usufructuario puede compensar, según el art. 488, los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho, ni olvidarse el precepto del art. 520 que, precisamente para el caso en que el abuso infiriese considerable perjuicio al nudo propietario, ordena que á éste se le entreguen los bienes, como veremos en su lugar.



El art. 498 relaciona el 480 con el 497. El usufructuario puede enajenar su derecho de usufructo y arrendar la cosa usufructuada, mas no por ello se libra de la obligación que le impone el art. 497, puesto que responde al nudo propietario de los menoscabos que sufran las cosas por culpa ó negligencia, y aun con mayor motivo por dolo de la persona que le sustituya. El subusufructuario responderá al usufructuario; mas con relación al dueño, es un extraño bajo el punto de vista que examinamos, y no en absoluto, porque las reparaciones ordinarias, gastos de contribución, devolución de los bienes en su día, etc., son obligaciones que pesan directamente

sobre ese subusufructuario, siquiera el que enajenó ó arrendó quede como una especie de fiador suyo.

En el 498 se observa falta de armonía con el 480, puesto que éste habla de arrendamiento de la *cosa*, y aquél de arrendamiento de *derecho*; pero es evidente que el precepto del 498 es aplicable á todos los casos en que el usufructuario se desprenda en cualquier forma de las facultades que le corresponden sobre los bienes usufructuados. De la culpa ó negligencia del tercero responde siempre el usufructuario primero.

De la disposición del art. 498 puede nacer en la práctica una dificultad que el legislador no ha previsto. Para las relaciones entre el usufructuario y el subusufructuario ó el arrendatario de los bienes, éstos pactarán las condiciones que crean más convenientes, y aquél exigirá ó no una fianza que asegure sus derechos, y pueda á su vez indemnizarle de lo que haya de pagar por culpa ajena. Pero por mucho que la ley se esfuerce en hacer ver que las relaciones entre el dueño y el usufrutuario siguen inalterables, esto no puede en la práctica ser cierto en absoluto. Si el usufructuario tiene prestada fianza, responderá con ella de los actos del tercero; si por no tenerla no se le entregaron los bienes, no puede haber dificultad, puesto que ni podrá arrendar, ni, aunque enajene, será necesaria fianza, ni hay lugar á la aplicación del art. 497. Si el usufructuario se halla relevado de dar fianza por la ley ó por el nudo propietario, y cuenta con bienes propios suficientes, el art. 498 le impone el cargo de fiador respecto al tercer adquirente, más aun que eso, puesto que le erije, respecto al nudo propietario, en deudor principal. Pero si ese usufructuario carece de bienes y fué dispensado de la fianza por la ley, ó por sus circunstancias personales de hombre probo y cuidadoso, al enajenar su derecho ó arrendar los bienes, no cabe desconocer que se alteran las relaciones establecidas y que el nudo propietario puede sufrir perjuicio. En los usufructos voluntarios es fácil prever este caso, ya imponiendo al usufructuario la condición de no enajenar, ya exigiéndose fianza si llegase ese caso. En cuanto al usufructo legal á favor del cónyuge, único enajenable, según demostramos al comentar el art. 480, esta difi

cultad puede salvarse aplicando el art. 838, y en todo caso, puesto que no se atiende á la confianza que puede merecer, y no se le exije fianza mientras no contraiga segundo matrimonio, aun concurriendo á la herencia con extraños, los intereses del nudo propietario quedan igualmente abandonados, enajene ó no su derecho, y hasta puede ocurrir que el tercero cuide mejor que el cónyuge los bienes del usufructo.

En el caso del art. 495, el fundamento del precepto se opone á todo acto de enajenación ó arriendo por parte del usufructuario, pues vendría á probar que la habitación ó los muebles ó herramientas no le eran necesarios, y se impondría la aplicación del artículo 494.

Concuerdan los arts. 497 y 498 con el 2223 y 2224 del código de Portugal, primer párrafo del art. 605 y 595 de los de Francia y Bélgica, 501, 492 y 493 del de Italia, 819 y 820 del de Holanda, 2870 del de la República Argentina, 1004 y 999 del de Méjico, 1331 y 1347 del de Guatemala, etc.

ARTÍCULO 499

Si el usufructo se constituyere sobre un rebaño ó piara de ganados, el usufructuario estará obligado á reemplazar con las crías las cabezas que mueran anual y ordinariamente, ó falten por la rapacidad de animales dañinos.

Si el ganado en que se constituyere el usufructo pereciese del todo, sin culpa del usufructuario, por efecto de un contagio ú otro acontecimiento no común, el usufructuario cumplirá con entregar al dueño los despojos que se hubiesen salvado de esta desgracia.

Si el rebaño pereciere en parte, también por un accidente, y sin culpa del usufructuario, continuará el usufructo en la parte que se conserve.

Si el usufructo fuere de ganado estéril, se considerará, en cuanto á sus efectos, como si se hubiese constituído sobre cosa fungible.

Nada de particular presenta el usufructo constituído sobre un animal determinado ó dos ó tres de la misma ó diferente especie. Pero cuando aparece constituído sobre un rebaño ó piara de ganados, concurren circunstancias especiales que obligan al legislador á dictar excepcionales reglas.

Rebaño ó piara es un conjunto de cabezas de ganado. La ley 19, título 14, Partida 7.ª, limitaba el número á 10 en las ovejas, 5 en los cerdos y 4 en las yeguas ó vacas, y aunque hoy la mayor riqueza pecuaria parece exigir mayor número, debe ante todo resolverse este caso, como afirma Sánchez Román, por el criterio racional y la costumbre del lugar.

Seguiremos en el exámen del art. 499 el mismo orden en él establecido.

I. *Muerte ordinaria del ganado.*—El principal fruto de los animales son las crías, que, como fruto, pertenecen al usufructuario. En tal sentido así como en el de hacerse responsable á éste del caso fortuito, la doctrina del párrafo primero del art 499 es excepcional. El usufructuario está obligado á reemplazar con las crías las cabezas que mueran anual y ordinariamente, ó falten por la rapacidad de los animales dañinos.

Estas pérdidas se consideran normales ó naturales en todo rebaño ó piara, y á fin de que el número de cabezas no se altere, y se devuelvan á la terminación del usufructo las mismas que se recibieron, se establece esta especie de compensación, de donde se deduce que cualquier cabeza que falte, mayor ó menor, debe ser repuesta. Guarda bastante analogía el precepto del art. 499 con los de los 483 y 484, y se inspira en el mismo criterio que los 500 y 501. Ya la ley 22, título 31, Partida 3.ª, establecía la misma regla: «E si fueran ganados é si murieren algunos, que de los fijos ponga é críe otros en su lugar de aquellos que assí murieren.»

La obligación de reponer las cabezas perdidas tiene dos limitaciones naturales. Una de ellas en cuanto solamente se refiere á las que mueran anual y *ordinariamente* ó falten, bajo la misma base, por la rapacidad de animales dañinos. Otra en cuanto debiendo hacerse el reemplazo *con las crías del mismo ganado* que se

usufructúa, es evidente que sólo habiendo crías y dentro del número de estas es posible imponer la reposición; de modo que si mueren veinte cabezas y nacen quince solamente, quince habrá que reponer. En cambio, si nacen cuarenta se reemplazarán las veinte perdidas, quedando las demás en beneficio del usufructuario.

No cabe admitir que por vender las crías dicho usufructuario, antes ó después de ocurrir la muerte de algunas cabezas, pueda eludir esta obligación, fundándose en que se ha quedado sin crías, porque entonces estaría en su mano dejar de reponer. A las crías vendidas deben sustituir otras que se compren, ó su valor.

Los despojos de los animales que mueren pertenecen en este caso al usufructuario.

II. *Destrucción total.*—El ganado puede perecer del todo, y en este caso se extingue el usufructo, con arreglo al núm. 5.º del artículo 513. Si perece por culpa del usufructuario, éste tendrá que indemnizar el daño. Si perece sin culpa del usufructuario por efecto de un contagio ú otro accidente no común, rige el segundo párrafo del art. 499: el usufructuario entregará al dueño, no sólo las pieles, sino cuantos despojos se hubiesen salvado de la desgracia. Los artículos 513 del código italiano y 616 de los de Francia y Bélgica, sólo obligan á dar cuenta de las pieles ó de su valor.

Para que rija la disposición del art. 499 en esta parte, es necesario, si los interesados no se avienen, que se pruebe la ausencia completa de dolo, culpa ó negligencia por parte del usufructuario. En este caso, las crías que hayan podido salvarse por estar en otro lugar, ó el importe de las vendidas, son frutos pertenecientes al usufructuario.

III. *Destrucción parcial.*—Conforme el párrafo tercero del artículo 499 con el 514, previene que si el rebaño ó piara perece en parte, continuará el usufructo en la parte que se conserve. Aunque el artículo que examinamos exige que la pérdida sobrevenga por accidente y sin culpa del usufructuario, mediando culpa por parte de éste, la solución es la misma, porque así en general lo preceptúa el art. 514, solamente que el usufructuario deberá indemnizar el

daño, y el nudo propietario podrá hacer uso, en su caso, del derecho que le concede el art. 520.

Pero ¿cuáles son en este caso las obligaciones del usufructuario? ¿tiene obligación de reponer? ¿debe entregar los despojos? Nada dice el artículo que examinamos, que, en verdad, en su párrafo tercero nada nuevo preceptúa.

El hecho de perecer el ganado en parte por un accidente, es por completo independiente de la muerte natural y ordinaria de varias cabezas, ú ocurrida por rapacidad de animales dañinos. Antes del accidente morirían normalmente algunas que debieron ser reemplazadas. Después del accidente y en la parte de ganado que reste, morirán otras que habrán de reponerse. En cuanto á las que desaparecieron en gran número por el caso fortuito, no hay obligación de reponer. Perecen para el dueño y privan de utilidad al usufructuario. Ahora bien: por el mismo motivo de que no se reponen, y por analogía con lo dispuesto en el párrafo segundo para el caso de perecer todo el ganado, los despojos que existan de los animales muertos deben entregarse al nudo propietario.

IV. *Ganado estéril.*—Como en este caso no hay crías, dispone el último párrafo del art. 499 que se apliquen las reglas del artículo 482 sobre cosas fungibles. El usufructuario hace suyo el ganado, y si perece, perece para él. No siendo tan fácil ni igual la sustitución en el ganado de cierta clase, será más frecuente su estimación al principiar el usufructo para pagar al finalizar éste su valor; pero bien pudiera pactarse, tratándose sobre todo de ganado lanar, que se devolviera igual número de cabezas al fin del usufructo.

Fuera de estos casos especiales, el usufructo constituído sobre semovientes sigue las reglas ordinarias. El art. 615 del código de Francia, dispone que si el usufructo consiste en un animal y perece sin culpa del usufructuario, no hay obligación de devolver otro ni de pagar su valor.

Según el núm. 1.° del art. 2225 del código de Portugal, si los animales (en caso de constituirse el usufructo sobre un rebaño), perecieren en todo ó en parte por caso fortuito, sin producirse

otros que lo sustituyan, el usufructuario sólo estará obligado á entregar las cabezas que queden.

ARTICULO 500

El usufructuario está obligado á hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo.

Se considerarán ordinarias las que exijan los deterioros ó desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. Si no las hiciere después de requerido por el propietario, podrá éste hacerlas por sí mismo á costa del usufructuario.

ARTÍCULO 501

Las reparaciones extraordinarias serán de cuenta del propietario. El usufructuario está obligado á darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas.

ARTÍCULO 502

Si el propietario hiciere las reparaciones extraordinarias, tendrá derecho á exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo.

Si no las hiciere cuando fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho á exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras.

Si el propietario se negare á satisfacer dicho importe, tendrá el usufructuario derecho á retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos.

I.—Reparaciones ordinarias y extraordinarias

A las palabras gastos mayores y menores, sustituyen, por regla general, los códigos modernos las de reparaciones ordinarias y ex-

traordinarias, siendo las primeras de cuenta del usufructuario, como compensación de los frutos, y las segundas de cuenta del nudo propietario, como gravamen del capital.

La distinción entre unas y otras reparaciones no es muy sencilla, porque, si bien en la serie ó cadena de ellas es fácil separar los primeros eslabones de los últimos, en los intermedios es difícil establecer los límites y saber en consecuencia dónde acaba lo ordinario y empieza lo extraordinario. De aquí que los códigos sigan en este punto distintos criterios, y que, en último término, toque resolver á los Tribunales en cada caso especial.

El código portugués (art. 2228) considera reparos ordinarios los que reunen las dos condiciones siguientes: 1.ª Que sean necesarios ó indispensables para la conservación de la cosa. 2.ª Que su importe no exceda de los dos tercios de la renta líquida del año en que se hagan.

Los códigos de Francia y Bélgica (art. 606) y el italiano (artículo 504), llaman reparos extraordinarios ó gruesos á los de las paredes maestras, sustitución de vigas, renuevo total ó parcial de techos, pisos, diques, acueductos, muros de cimiento y cercas, restablecimiento de los tirantes y tejados enteros y pretiles; siendo los demás ordinarios.

El código de Chile (art. 798), considera obras mayores las que ocurren por una vez ó á largos intervalos de tiempo, y que se refieren á la conservación y permanente utilidad de la cosa que se usufructúa.

Los códigos de Méjico y Guatemala (artículos 1004 á 1019 y 1350 á 1358), distinguen entre el usufructo constituído por título oneroso y el constituído por título gratuito, imponiendo en el primer caso al propietario la obligación de reparar para que los bienes sigan produciendo la misma utilidad, y en el segundo al usufructuario el mismo deber para devolverla en el mismo estado que la recibió, salvo si la necesidad de las reparaciones proviene de vejez, vicio intrínseco de la cosa ó deterioro grave, anterior á la constitución del usufructo.

El proyecto de código de Alemania (art. 997), impone al usu-

fructuario la obligación de hacer los gastos ordinarios de conservación normal y de explotación de la cosa gravada.

Nuestro Código llama reparaciones ordinarias á las que exijan los deterioros ó desperfectos que procedan del uso natural de las cosas, y sean indispensables para su conservación, absteniéndose de definir las extraordinarias que parecen ser las que exijan los deterioros ó desperfectos producidos por circunstancias excepcionales, sean ó no indispensables para la conservación de la cosa, y las que, aunque procedan de su uso natural, no sean indispensables para dicha conservación.

Tiene puntos de semejanza esta doctrina con lo que expusimos sobre gastos ordinarios y extraordinarios al comentar los arts. 451 al 458, y hemos tenido ocasión de establecer relaciones con los 500 al 502 al examinar los arts. 481, 483, 484 y 499.

Lo más esencial para que el gasto ó la reparación se consideren ordinarios, es que los desperfectos provengan del uso normal ó natural de las cosas. Así, es ordinario lo previsto, lo que la experiencia enseña que suele ocurrir en las cosas, según su clase y naturaleza, aunque el deterioro normal sea debido á un caso fortuito: la vid que se hiela, la res que perece, la fachada que se deslustra por un aguacero, los cristales que destruye el granizo, la rueda del carro que sale de su eje, etc. Añade la ley que la reparación debe ser indispensable para la conservación de la cosa, carácter que, por sí sólo, no daría idea alguna de si el gasto debiera estimarse ordinario ó extraordinario, pero que unido al anterior significa que el usufructuario, como dice el art. 497, ha de cuidar de las cosas como un buen padre de familia, y procurar, por lo tanto, su conservación, para poder devolverlas en el mismo estado que tenían al empezar á disfrutarlas, teniendo presente que las reparaciones ordinarias, hechas con oportunidad, producen poco gasto y evitan desperfectos considerables, que más tarde exigirían extraordinarias reparaciones. Una simple gotera descuidada en un edificio, puede motivar el hundimiento de un techo.

Como queda indicado, no se definen las reparaciones extraordinarias. El Código comprende, sin duda, como tales, todas las

ocasionadas por circunstancias excepcionales, y que normalmente no suelen presentarse usando naturalmente las cosas. Pero el mismo nombre adoptado indica la relativa importancia de cada una de las clases de reparaciones, exigiendo, por regla general, gastos módicos, como carga de los frutos, las ordinarias, y gastos mayores, como carga del capital, las extraordinarias.

II.—A QUIÉN INCUMBE EL PAGO DE LAS REPARACIONES

A.—Reparaciones ordinarias.—Las reparaciones ordinarias son de cuenta del usufructuario, á quien la ley impone en el artículo 500 esta obligación. Claro es que si por dejar de cumplirla sobrevienen mayores daños á los bienes que exijan después reparaciones extraordinarias, la responsabilidad será del usufructuario. Este precepto aparece de un modo expreso en los arts. 605 de los códigos de Francia y Bélgica y 501 del de Italia, según los cuales el usufructuario estará obligado á hacer las reparaciones extraordinarias que se hayan ocasionado por falta de las ordinarias, después de haber empezado el usufructo.

Este caso no debe llegar en nuestro derecho si se cumple el artículo 500, puesto que el propietario puede requerir al usufructuario para que practique las reparaciones ordinarias, y si no las practica después de requerido, se efectuarán ó podrán efectuarse por aquél á costa del obligado. Esto no obsta, sin embargo, á que el usufructuario, no sólo indemnice los perjuicios causados por su demora, además de serle imputable el gasto, sino que si por ausencia del propietario ú otras causas, éste no acudiese á tiempo y los bienes exigiesen otra clase de reparaciones, de ello responderá el usufructuario.

Las reparaciones ordinarias que procedan de desperfectos anteriores al principio del usufructo, son de cuenta del nudo propietario, así como las que procedan de deterioros anteriores á la terminación del usufructo deben ser de cuenta del usufructuario, sea cualquiera la causa de la terminación. Así, pues, si el usufructuario renuncia el usufructo, desde ese momento queda libre de obli-

gaciones posteriores; pero lo mismo que en caso de muerte, cumplimiento de condición, etc., responde con su fianza ó con sus bienes del cumplimiento de todas las obligaciones anteriores á la terminación, y entre ellas de las reparaciones ordinarias procedentes de desperfectos ocurridos en el tiempo en que aún era usufructuario.

Del contexto del art. 500 se desprende que el usufructuario, sin necesidad de requerimiento, está siempre obligado á hacer las reparaciones ordinarias, siendo siempre responsable de la falta de cumplimiento de esta obligación, y que el derecho del propietario de hacerlas por sí mismo á costa del usufructuario, no puede ejercitarse sino después de ser éste requerido y no llevar á efecto, á pesar de ello, las reparaciones.

B.—Reparaciones extraordinarias.—Son de cuenta del nudo propietario. La necesidad de estas obras puede ser ó no urgente. Mientras *no haya verdadera urgencia*, las reparaciones pueden demorarse, por lo que el usufructuario no tiene obligación de avisar. No obstante, si las hace el propietario, tendrá derecho á exigir del usufructuario, según el párrafo primero del art. 502, el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo. Como el interés legal es el 6 por 100, y no toda clase de bienes producen tal utilidad, puede ocurrir que á consecuencia de la reparación se imponga un gravamen al usufructuario. Por ejemplo, en el caso más frecuente de reparaciones, tratándose de edificios, la utilidad líquida para el usufructuario puede ser de un 3 por 100, y si por ser de importanria la obra se gasta un 50 por 100 del valor de la casa, el 6 por 100 del interés legal de ese 50 por 100 absorberá todas las utilidades, obligando al usufructuario á renunciar un derecho, que, más que derecho, queda convertido en carga. Pueden las partes convenir otra cosa distinta, en virtud del artículo 470; pero nótese que ese derecho del propietario, á no convenirse otra cosa, lo tiene siempre que efectúe las reparaciones, fuese ó no fuese urgente la necesidad de la obra, ó aumente ó no aumente el producto de los bienes. Nos parece mucho más acertada la solución que da el art. 2230 del código de Portugal: «Si el propietario

hiciere las reparaciones extraordinarias, tendrá el usufructuario derecho al usufructo de ellas, sin estar obligado á pagar intereses por las sumas desembolsadas por el propietario. Sin embargo, en el caso de aumentarse con esas reparaciones el producto líquido de la cosa usufructuada, el aumento de utilidad pertenecerá al propietario.»

Si fuese urgente la necesidad de las obras, de tal modo que fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa, no puede demorarse su ejecución. Al efecto, el usufructuario está obligado á avisar al nudo propietario, en quien, á pesar de esto, es potestativo hacer ó dejar de hacer las obras, y que desde luego puede hacerlas aunque no se le avise.

Si las hace, ha de tenerse en cuenta lo expuesto anteriormente. Si no las hace, *podrá* hacerlas el usufructuario. Este precepto indica que el usufructuario, como no obligado á ello, puede también dejar de ejecutar las reparaciones extraordinarias, exponiéndose á las consecuencias, lo cual no deja de ser algo violento, porque queda enteramente á merced del propietario, y sin acción para obligarle, ni, por tanto, para exigirle indemnización.

Si el usufructuario ejecuta las obras, invertirá en ello sumas que la ley declara de cuenta del propietario, siquiera, si es urgente su necesidad, se halle interesado en la ejecución. Parecía lógico que tuviera derecho al reembolso, pero el art. 502 sólo le concede facultad para exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca (ó el objeto usufructuado), por efecto de las mismas obras. Para aplicar este precepto debe tasarse la finca en el estado en que se hallaba cuando era necesario repararla, y volverla á apreciar al terminarse las obras. Surge, sin embargo, una duda de importancia: desde luego hasta que el usufructo termine nada puede exgirse al propietario; pero lo que en esta época se exija, ¿será el aumento de valor que en el momento de la terminación del usufructo tuvieran las reparaciones, ó el que tuviesen al terminarse las obras? Como más justa creemos preferible la última solución, porque, de lo contrario, rara vez se reintegraría el usufructuario de gastos hechos por él y que la ley de-

clara de cuenta del propietario. Preferible sería darle derecho al reintegro del capital invertido en las obras.

La parte de interés correspondiente al propietario por el capital invertido deja de serle abonable desde el momento en que no invierte capital alguno, perdiéndole el usufructuario al no poder reclamar hasta el fin del usufructo.

A no convenirse nada en contrario, el usufructuario, en virtud del art. 467, no puede alterar la forma ni la sustancia de la cosa, de modo que ha de limitarse á dejarla como estaba, guardando, como dice el art. 2229 del código portugués, la antigua forma y diseño de la obra.

Hasta tanto que el propietario satisfaga el aumento de valor producido por las reparaciones extraordinarias, cuando éstas hayan sido hechas por el usufructuario, éste ó sus herederos tienen derecho á *retener* en su poder la cosa en que se hicieron, reintegrándose con sus productos, según previene el último párrafo del art. 502 y confirma el 521. Sobre el derecho de retención nos referimos á lo que quedó expuesto al comentar los arts. 451 al 458, con referencia al poseedor de buena fe.

Si las reparaciones extraordinarias no fuesen de urgente necesidad ó indispensables para la conservación de la cosa, aunque las haga sin precisión alguna el usufructuario, no tendrá el derecho de retención, pues el último párrafo del art. 502 se halla subordinado al segundo.

Ténganse presentes los arts. 476 y 485, según los cuales el usufructuario puede extraer cal, piedra, yeso, etc., ó cortar árboles por el pié para reponer ó reparar las cosas usufructuadas. Parece lógico conceder el mismo derecho al propietario en cuanto á las reparaciones que está obligado á hacer. En cuanto á la extracción de yeso, cal, etc., dicho derecho es indudable por no perjudicarse el derecho del usufructuario, que sólo es condicional y para dicho fin. En cuanto á la corta de árboles, la solución no es tan llana. En principio no cabe conceder ese derecho al propietario, quien, en virtud de los arts. 489 y 503, no puede alterar la forma ni la sustancia de la cosa, ni hacer en ella nada que perjudique al

usufructuario, y el perjuicio sería tanto mayor cuanto más extensa ó más importante fuese la obra.

Sin embargo, aprovechándose los árboles en la misma finca usufructuada, pudiera permitirse la corta con una limitación, la de que el usufructuario no se hallara obligado á pagar el interés legal del coste de dichos árboles, cuyo coste ó importe debe deducirse del total invertido en la reparación, puesto que ya por el hecho de cortarlos se ha privado á dicho usufructuario de la utilidad que pudieran reportarle, compensándose el perjuicio con el beneficio que le proporcione la obra. Para esta solución, empero, lo más prudente será obrar de acuerdo con el usufructuario.

ARTÍCULO 503

El propietario podrá hacer las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, ó nuevas plantaciones en ella si fuere rústica, siempre que por tales actos no resulte disminuído el valor del usufructo ni se perjudique el derecho del usufructuario.

Los fundamentos de este artículo son los mismos que los del 489, al que nos referimos.

No deben confundirse las reparaciones extraordinarias, aunque no sean indispensables, con las mejoras, nuevas plantaciones, etc., de que habla el art. 503.

Los interesados apreciarán por sí mismos, ó valiéndose de peritos, si se disminuye el valor del usufructo ó se perjudica el derecho del usufructuario con las obras que se intentan, y en último término, resolverán los tribunales.

Al efecto del art. 503, puede desde luego el propietario extraer cal, yeso, piedra ó arena de las fincas usufructuadas, ya que con esto no hay perjuicio para el usufructuario, si atendemos al contexto del art. 476; mas no puede cortar árboles por el pie, puesto que esto representa un perjuicio, á no proceder de acuerdo con el usufructuario.

Cuando resulte un beneficio ó aumento de utilidad por las mejoras, recaerá en primer término en el usufructuario; pero como se trata de obras voluntariamente hechas por el propietario, entendemos que éste no tiene derecho á exigir interés alguno por el disfrute; así como si las hace el usufructuario (art. 487), se le condena á perderlas si no pueden retirarse sin detrimento. Nada dice la ley, pero, por lo mismo, no puede imponérsele al usufructuario esa obligación. Lo más justo sería adoptar el criterio ya expresado del código portugués sobre reparaciones extraordinarias, asignando al propietario el aumento de utilidad de los bienes.

La disposición del art. 503 no se encuentra en otros códigos. El de Portugal, art. 2227, es casi igual al nuestro, si bien justificando la inclusión del precepto entre las obligaciones del usufructuario, empieza diciendo: «El usufructuario está obligado á consentir al propietario las obras ó mejoras de que sea susceptible la cosa usufructuada.»

ARTÍCULO 504

El pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideran gravámenes de los frutos será de cuenta del usufructuario todo el tiempo que el usufructo dure.

ARTÍCULO 505

Las contribuciones que durante el usufructo se impongan directamente sobre el capital serán de cargo del propietario.

Si éste las hubiese satisfecho, deberá el usufructuario abonarle los intereses correspondientes á las sumas que en dicho concepto hubiese pagado y, si las anticipare el usufructuario, deberá recibir su importe al fin del usufructo.

Nuevas obligaciones del usufructuario y del nudo propietario comprenden los arts. 504 y 505, relativas al pago de cargas y con-

tribuciones, si bien por una incomprensible anomalía, el art. 505 sólo habla de contribuciones sobre el capital, caso rarísimo, prescindiendo de otras cargas que desde luego afectan al propietario.

Primero. Cargas y contribuciones cuyo pago incumbe al usufructuario.—El art. 504, bien ó mal redactado, impone al usufructuario la obligación de pagar: 1.°, las cargas y contribuciones anuales; 2.°, las cargas y contribuciones que se consideren gravámenes de los frutos.

Dedúzcase de aquí, si se quiere, relacionando este artículo con el 505, que todas las cargas y contribuciones que se pagan por años, se consideran por la ley impuestas sobre los frutos; mas sin violentar el sentido de las palabras del artículo, no cabe deducir que todos los gravámenes sobre los frutos se pagan ó cumplen anualmente.

En el comentario de los arts. 451 al 458 expusimos ya varias ideas sobre cargas y contribuciones, que damos aquí por reproducidas. Lo mismo las pensiones de un censo que las cuotas de la contribución territorial, lo mismo los gastos de siembra y recolección que los de alimentación de un ganado, lo mismo la renta vitalicia ó pensión de alimentos que afecte determinadamente á los bienes que las reparaciones ordinarias, son cargas que afectan á los frutos, y mientras dure el usufructo son de cuenta del usufructuario.

De las palabras «mientras dure el usufructo», del art. 504, se desprende que el legislador adopta aquí el mismo criterio que en el 452, al tratar del poseedor, prorrateándose las cargas según su duración y la duración del usufructo, en forma análoga á la que indicamos respecto á la percepción de los frutos civiles al comentar los arts. 472 al 475; pero en el 452, en equivalencia del pago de las cargas, se concede al poseedor de buena fe una parte proporcional del producto líquido de la cosecha, y este derecho no se reconoce al usufructuario.

El distinguido comentarista Navarro Amandi dice: «El usufructuario responde de las cargas y contribuciones como si unas y otras se pagaran día por día, sin tener para nada en cuenta la na-

turaleza de los frutos, de lo cual se derivan consecuencias por todo extremo injustas. Un usufructuario podrá ganar todos los frutos naturales é industriales que una finca produzca en un año, sin que tenga que abonar sino la contribución de un trimestre (1); otro usufructuario podrá haber pagado la contribución de casi todo un año, y aun de varios años (2), sin percibir nada de los frutos y sin tener derecho al resarcimiento de lo pagado por cargas y contribuciones, pues el art. 472 sólo dice que se le abonen los gastos ordinarios de cultivo, simientes y otros semejantes, entre los cuales no está una carga ó una contribución.»

Otros comentaristas estiman comprendidos en la frase «otros semejantes», del art. 472, todos los gastos que por considerarse gravámenes de los frutos debieran deducirse del importe de éstos. Solamente así pudiera salvarse la injusticia que, en efecto, puede llevar consigo el precepto del art. 504; pero hay que reconocer que esta interpretación es algo violenta.

Por esto juzgamos lo más acertado que, al constituirse el usufructo, si éste recae sobre ciertos objetos cuyos frutos se producen de tarde en tarde, se fijen por el constituyente ó se pacten por los interesados las reglas que deben aplicarse, pues de no ser así tenemos por cierto que es lo legal que el usufructuario pague, por ejemplo, la contribución hasta el día en que termine el usufructo, sin derecho al reintegro aunque no haya obtenido producto alguno.

Sea en virtud del art. 504, interpretando la palabra «pago» como sinónimo de prestación ó cumplimiento, en armonía con el 1157, sea en virtud del último párrafo del art. 472, el usufructuario ha de respetar todo gravamen ó derecho adquirido por un tercero al empezar el usufructo sobre los objetos usufructuados. Como al fin estos derechos de tercero, cargas para el usufructuario, han de respetarse en todo caso, se consideren ó no gravámenes sobre los frutos, entendemos que para la admisión de tal con-

(1) Caso rarísimo, á no durar sólo un trimestre el usufructo.

(2) Usufructo de un pinar, por ejemplo.

secuencia ha de servir de base el art. 472 más bien que el que examinamos, y que en éste la palabra «pago» equivale á entrega.

Segundo. Cargas y contribuciones cuyo pago incumbe al propietario.—Las contribuciones impuestas directamente sobre el capital son de cargo del propietario. La verdad es que, rechazada por los economistas la contribución sobre el capital, y considerada como base más racional de imposición la renta líquida, pocas y de naturaleza excepcional son las contribuciones cuyo pago compete al propietario. Fuera de ciertos impuestos de carácter personal, por títulos, sueldos, etc., que naturalmente quedan excluídos del espíritu de estos artículos, sólo encontramos que pueda entenderse que afecta al capital ciertos impuestos extraordinarios por empréstito forzoso, causa de guerra, etc.

El impuesto de minas se paga por el que disfruta las pertenencias mineras; el de carruajes de lujo grava el uso; la contribución industrial afecta al usufructuario, si el usufructo recae sobre un establecimiento industrial ó mercantil, una fábrica, etc. La contribución de consumos, propiamente, no es carga de los frutos ni del capital. Por último, el impuesto de derechos reales tiene también su naturaleza especial. Grava el precio ó el valor de cada derecho que se constituye ó se transmite, reconoce, modifica ó extingue, y por consiguiente, si afecta al capital, es con relación á cada uno de esos derechos y á cada uno de los adquirentes. El usufructuario adquiere el derecho de usufructo, pues al valor ó al capital que representa ese derecho en relación con el título de adquisición afecta el impuesto, que debe pagarse, por tanto, por el usufructuario. El nudo propietario adquiere la nuda propiedad, pues paga en razón á lo que adquiere, y si por él paga el usufructuario, puede desde luego reclamar lo que pagó sin deducción de interés alguno y sin esperar al fin del usufructo. Así lo confirman los artículos 4.º de la ley y 67 del reglamento del impuesto. El primero dice: «En todo caso, satisfará el impuesto el que adquiera ó recobre el derecho gravado, y aquel á cuyo favor se reconozcan, transmitan, declaren ó adjudiquen los bienes y derechos.»

Véase, sobre el pago de este impuesto, lo que expusimos al comentar el art. 491.

Si en algún caso paga el propietario una contribución impuesta directamente sobre el capital, debe abonarle el usufructuario el interés legal correspondiente á lo pagado. (Suponemos que debe ser el legal por analogía con el art. 502.) Si por librar los bienes de un apremio y salvar su disfrute, paga el usufructuario esa contribución, tiene derecho á ser reintegrado, pero sólo á la terminación del usufructo. Se nos ocurre que, puesto que la ley declara responsable al propietario de ese pago, podrá embargarse la nuda propiedad que le pertenece, mas no el usufructo que corresponde á un tercero.

Nada expresa el art. 505 sobre cargas no contribuciones, como debiera, para su exacta relación con el 504; pero es evidente que la redención de un censo ó de una servidumbre, el pago de un préstamo hipotecario que afecte á la finca, etc., son prestaciones sólo exigibles al propietario.

Véase el art. 509, que preve el caso especial de la hipoteca.

La ley 22, tít. 31, Partida 3.ª, decía: «E si el diezmo ó otro tributo, ó pecho alguno oviere á salir de la cosa en quel otorgaron el vsofruto, él (el usufructuario) lo deue pagar del fruto que lleuare ende: de manera que la cosa de que sale, finque salva, é segura, é sin embargo á aquel cuya es.»

Concuerdan los arts. 504 y 505 con el 2239 del código de Portugal, 609 de los de Francia y Bélgica, 507 del de Italia, 2895 del de la República Argentina, 1012 del de Méjico, 1361 del de Guatemala, etc.

ARTCULO 506

Si se constituyere el usufructo sobre la totalidad de un patrimonio, y al constituirse tuviere deudas el propietario, se aplicará, tanto para la subsistencia del usufructo como para la obligación del usufructuario á satisfacerlas, lo establecido en los artículos 642 y 643 respecto de las donaciones.

Esta misma disposición es aplicable al caso en que el propietario viniese obligado, al constituirse el usufructo, al pago de prestaciones periódicas, aunque no tuvieran capital conocido.

Los arts. 506, 508 y 510, párrafo primero, se refieren á usufructos constituídos sobre la totalidad de un patrimonio, previendo la ley en dichos artículos y en el 509 varios casos especiales que pueden considerarse nuevos en nuestro derecho, y cuyo examen, por su misma novedad, no deja de ser curioso.

Redactado el art. 506 en términos generales, no debe, sin embargo, estimarse aplicable su precepto á todo título de constitución de usufructo, pues en los constituídos por última voluntad rige la disposición especial del 510, por cierto bien dístinta.

Por la cita que se hace de los arts. 642 y 643, y la especialidad del precepto, no sería raro suponer que en realidad el legislador sólo quiso referirse á los usufructos constituídos por donación, considerando aplicables los arts. 642 y 643, como es desde luego natural, aunque la donación fuese solamente, no de determinados, bienes con reserva de otros, sino del usufructo sobre todos los bienes del donante, con reserva de la nuda propiedad. Sin embargo, tal deducción no cabe desde el momento en que el art. 506 se refiere á todo usufructo constituído sobre la totalidad de un patrimonio, y aun excluyendo los constituídos por actos de última voluntad, quedan todos los creados por actos entre vivos.

Rara será, en este caso, la aplicación del art. 506; pero, como posible, procuraremos desenvolver el pensamiento del legislador, aunque tengamos que adelantar algunas ideas.

Los artículos que se citan, y sin cuyo conocimiento no puede entenderse el que examinamos, dicen así:

«Art. 642. Si la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquel obligado á pagar las que apareciesen contraídas antes.

»Art. 643. No mediando estipulación respecto al pago de

deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de acreedores.

»Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á ella.»

Si el donatario responde con sus propios bienes, en el caso del art. 643, de las deudas del donante.—Como se ve, el art. 642 trata de una donación condicional en el sentido de imponerse condiciones al donatario, partiendo sin duda del supuesto de que el importe de las deudas ha de ser menor que el valor de los bienes donados, porque en otro caso no habría donación (1). Bajo la misma base aparece escrito el 643, y aunque dispone que el donatario responderá de las deudas cuando la donación se haya hecho en fraude de acreedores, no cabe admitir como solución que responderá con sus propios bienes además de los donados. En la herencia se transmiten todos los derechos y obligaciones del causante, y aun templa la ley este rigor con el beneficio de inventario. En los actos entre vivos, el adquirente no responde de las obligaciones del transmitente, á no hallarse determinadamente afectos los bienes, ó á no tomar sobre sí esas obligaciones por su voluntad. Por esto la ley no ha pensado en conceder á los adquirentes por actos entre vivos ningún beneficio análogo á los de inventario y de deliberar: no lo necesitan. Es excepción de esta regla el caso de enajenación en fraude de acreedores, y ciertamente excepción justa, pero dentro de sus límites racionales. ¿Cuál es el efecto de la enajenación en fraude de acreedores? La posibie ó probable rescisión del acto ó contrato fraudulento, rescisión que no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (art. 1294); pero que aun ejercitada, sólo alcanza á dejar sin efecto la enajenación. Hasta ahí llega el derecho del acreedor; extenderlo más allá sería una anomalía inconcebible; el donatario responderá de las deudas del donante en cuanto importen menos que los bienes donados; perderá

(1) Véase el art. 619.

estos bienes en absoluto si las deudas importan lo mismo que su valor, ó más; pero alterar la esencia natural y propia de un acto entre vivos, hasta el punto de hacer al adquirente responsable con sus propios bienes de obligaciones peculiares del transmitente, no lo dice el art. 643 expresamente, ni cabe deducirlo, dada la importancia y absurdo de tal declaración, de las palabras mas ó menos propias que emplea ó de su falta de expresión.

Si tiene deudas el donante y no medió estipulación, responderá sólo en un caso de ellas el donatario; pero responderá con los bienes adquiridos. Esta es la deducción racional: lo contrario exigiría una declaración expresa, clara y terminante, que no existe. Lo dispuesto en el art. 643 equivale á decir que la adquisición queda afecta á una posible resolución en un caso extremo, al pago de las deudas si importan menos que los bienes donados, pero nada más; que la donación hasta puede rescindirse, pero no que los acreedores tengan *otro medio de cobrar*, reclamando al donatario antes de entablar la acción de rescisión. Si ese otro medio se concediera, la acción rescisoria estaría demás. «Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, dice el art. 621, se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el título de las donaciones» (1).

Aplicación al usufructo de los arts. 642 y 643.—Pues bien: puede donarse el usufructo de la totalidad de los bienes del donante, reservándose la nuda propiedad; puede comprarse ese mismo derecho ó adquirirse en virtud de un acto ó contrato entre vivos, conviniendo el adquirente en pagar las deudas del transmitente, ya en absoluto, ya dentro de cierto límite en cuanto al tiempo ó á la cantidad, debiendo respetarse siempre la voluntad ó el acuerdo de las partes.

Si sólo se impone ó acepta la obligación de pagar las deudas del donante ó transmitente, sin determinar más la obligación, en virtud del art. 506 en releción con el 642, el usufructuario sólo

(1) Para que haya donación es preciso que, si se impone al donatario un gravamen, sea inferior al valor de lo donado (art. 619).

queda obligado á pagar las deudas que apareciesen contraídas antes de constituirse el usufructo (1). Cada cual es dueño de aceptar las condiciones que estime oportunas; pero convengamos en que serán pocos los adquirentes que acepten una obligación tan vaga y expuesta á graves perjuicios como la apuntada; por lo menos se detallarán esas deudas anteriores para evitar simulaciones.

Si el usufructo se constituye sobre la totalidad de un patrimonio, sin expresar nada respecto á deudas ó prestaciones periódicas, á que estuviese obligado el transmitente, el usufructuario solamente responde de esas deudas ó prestaciones, en el caso de haberse hecho la transmisión ó constitución en fraude de acreedores. Mediante la obligación de formar inventario quedarán bien determinados los bienes adquiridos en usufructo, únicos que, en virtud de la acción de rescisión en su caso, puede ser obligado á devolver, si por acaso las deudas ó prestaciones representan más valor que el del usufructo de los bienes adquiridos, ó sea el de la totalidad del patrimonio del transmitente.

Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes por título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones á título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia, ó expedido mandamiento de embargo de bienes (art. 1297). También se presume hecha la donación en fraude de acreedores en el caso del último párrafo del art. 643, presunción inutil después de la establecida en el párrafo primero del 1297.

En el caso del art. 506, si el donante ó transmitente se reserva la nuda propiedad, los acreedores sólo podrán pedir la rescisión ó reclamar al usufructuario, dentro del valor de lo adquirido, cuando no baste el valor de la nuda propiedad reservada. Si esta nuda propiedad se transmite á un tercero, el adquirente de ella recibe su derecho con la misma amenaza de rescisión.

El último párrafo del art. 506 extiende los preceptos de los

(1) Se hallen ó no asegurados los créditos con hipoteca.

642 y 643 al pago de prestaciones periódicas á que estuviere obligado el propietario, aunque no tuvieran capital conocido.

Los preceptos de la ley Hipotecaria pueden modificar las consecuencias de la disposición del art. 506 y de los 642 y 643; pero de este particular nos ocuparemos al comentar los preceptos relativos á enajenaciones en fraude de acreedores.

ARTÍCULO 507

El usufructuario podrá reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo si tuviese dada ó diere la fianza correspondiente. Si estuviese dispensado de prestar fianza ó no hubiese podido constituirla, ó la constituída no fuese suficiente, necesitará autorización del propietario, ó del Juez en su defecto, para cobrar dichos réditos.

El usufructuario con fianza podrá dar al capital que realice el destino que estime conveniente. El usufructrario sin fianza deberá poner á interés dicho capital de acuerdo con el propietario; á falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial; y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado.

La claridad del precepto transcrito hace inútil todo comentario. Este artículo, en realidad, debiera estar colocado entre los que se ocupan de la prestación de fianza, pues puede decirse relacionado íntimamente con el 494.

Separa la ley, en orden al cobro de créditos vencidos que formen parte del usufructo, el caso en que el usufructuario tenga prestada fianza, y aquel en que no la tenga por estar dispensado de ella, no poder ó no querer prestarla, ó no ser suficiente.

La autorización judicial puede reclamarse siempre que no pueda obtenerse la del propietario, por incapacidad de éste, ser desconocido, ignorarse su paradero, etc. Si se negare el propietario á dar su consentimiento, entendemos que no procede acudir al juez,

sino que el cobro deberá realizarlo dicho propietario. Otra solución merece el párrafo segundo del art. 507, pues para la colocación del capital se requiere acuerdo de ambos interesados ó autorización judicial, y ésta puede ser favorable al usufructuario aun contra la voluntad del propietario.

El usufructuario no es responsable de los créditos que no cobre, á no mediar por su parte dolo ó negligencia.

Usufructos legales.—El legislador, en el art. 507, se ha olvidado de los usufructos legales. No vemos inconveniente en aplicar el art. 507, salvo pacto expreso en contrario, al vendedor ó donante en el caso del art. 492, y aun al cónyuge sobreviviente, como dispensados de la obligación de afianzar; mas en relación al padre ó la madre que no haya contraído segundas nupcias, no se observa la conveniencia de este precepto.

Siendo los hijos, ó sean los nudo propietarios, menores de edad, los padres debieran necesitar autorización judicial para cobrar los créditos vencidos comprendidos entre los bienes que usufructúan de sus hijos, y para poner á interés dicho capital. Pero esta consecuencia del art. 506 no se halla muy acorde con el precepto del art. 164, que sólo exige al padre la necesidad de obtener la autorización judicial para enajenar ó gravar los bienes de sus hijos en que les corresponda el usufructo y la administración. Si no como usufructuarios, en su calidad de administradores, estimamos que se hallan autorizados para cobrar por sí mismos los créditos vencidos, y para poner á interés ó colocar seguramente la cantidad que cobren.

Guarda alguna relación el artículo que examinamos con el 2237 del código de Portugal, que detalla, los derechos del usufructuario de capitales puestos á juro ó con interés, acciones de compañías, etc., prohibiéndole retirarlos á no ser para volverlos á colocar.

Los demás códigos, por regla general, se limitan á exigir que los capitales se vuelvan á imponer á satisfacción del usufructuario y del propietario, ó no contienen disposición alguna sobre el particular.

ARTÍCULO 508

El usufructuario universal deberá pagar por entero el legado de renta vitalicia ó pensión de alimentos.

El usufructuario de una parte alícuota de la herencia lo pagará en proporción á su cuota.

En ninguno de los casos quedará obligado el propietario al reembolso.

El usufructuario de una ó más cosas particulares sólo pagará el legado cuando la renta ó pensión estuviese constituída determinadamente sobre ellas.

El art. 508, al menos en sus dos primeros párrafos, se refiere solamente al usufructo constituído por testamento, ya sea universal, ya de parte alícuota de una herencia. Aparte de que así lo expresa claramente el párrafo segundo, la obligación que, como natural, se impone al usufructuario sin mediar estipulación sobre pago de legados y pensiones, en el término *universal* del párrafo primero, así lo comprueban. El art. 506, referente á actos entre vivos, habla, no de un título universal, sino de un usufructo constituído sobre la totalidad de un patrimonio.

Las responsabilidades provenientes de una herencia suelen clasificarse en deudas testamentarias y deudas hereditarias. Las primeras se fundan en la última disposición del testador ó provienen de gastos hechos á consecuencia de su enfermedad ó de su muerte; las segundas, independientes de ese fallecimiento ó última voluntad, nacen de obligaciones contraídas por el testador ó causante durante su vida, y pendientes al tiempo de su muerte, como censos, hipotecas, deudas procedentes de préstamos, etc.

El art. 508 se ocupa de deudas testamentarias de naturaleza especial; el 510, de deudas hereditarias.

El art. 508, para imponer las obligaciones provenientes de deudas testamentarias, se inspira en el mismo fundamento que el 504 en cuanto á cargas y contribuciones. El legado de renta vitalicia ó pensión de alimentos, constituye evidentemente una carga sobre

los frutos, por lo que es justo que el que percibe éstos sea el obligado á satisfacerlo. Sería anómalo que el nudo propietario que, durante cierto tiempo, no ha de obtener utilidad alguna de los bienes, pagase en ese mismo tiempo la renta ó pensión. Cuando el disfrute vuelva á él, será el continuador de la obligación.

Según el art. 858, el testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo á su heredero, sino también á sus legatarios. Estos no estarán obligados á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado.

El 859 dispone que, cuando el testador grave con un legado á uno de los herederos, él sólo quedará obligado á su cumplimiento. Si no gravare á ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos.

Y el 891 añade que, si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios á proporción de sus cuotas, á no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

En las disposiciones de estos artículos se funda el precepto del art. 508.

1.° El usufructuario *universal* percibe todas las utilidades del caudal; paga, pues, por entero el legado de renta vitalicia ó pensión de alimentos.

Según el art. 879, el legado de educación dura hasta que el legatario sea mayor de edad. El de alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa. Si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia. Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero ú otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

Legada una pensión periódica, ó cierta cantidad anual, mensual ó semanal, dice el art. 880, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolu-

ción aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado.

Aunque el art. 508 sólo habla de renta vitalicia ó pensión de alimentos, es evidente que ha de aplicarse á todo legado de renta ó pensión periódica, aunque éstas no sean vitalicias ni su objeto ó fin sea alimentar.

2.° El usufructuario de una *parte alícuota* pagará en proporción á su cuota. Si su participación como heredero ó legatario es la décima parte del caudal, pagará la décima parte del importe de la renta ó pensión.

En evitación de dudas, expresa el párrafo tercero del art. 508 que el nudo propietario no queda obligado al reembolso, ni á pagar interés alguno al usufructuario por las sumas invertidas en los legados. El usufructo se entiende reducido á las utilidades sobrantes después de satisfacer la renta ó pensión.

No obstante, si el usufructuario fuese un *heredero forzoso*, no podría gravarse su legítima, con arreglo al art. 813. Al efecto, si excediere el gravamen al importe de dicha legítima, ha de tenerse presente el art. 820, cuyo número 3.° dispone que si la manda consiste en un usufructo ó renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria ó entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

El cónyuge sobreviviente, como heredero forzoso, debe estimarse usufructuario de parte alícuota de la herencia, según los artículos 834, 836 y 837. Sin embargo, el art. 508 no puede considerarse aplicable al usufructo del viudo, porque significaría un gravamen que la ley no consiente. De todos modos, si los legados son á favor de personas que no sean herederos forzosos ni descendientes de ellos, han de reducirse en cuanto se consideren inoficíosos, según el art. 820, y si están constituídos á favor de los legitimarios ó sus descendientes, y existen hijos, ese gravamen sólo podrá imponerse sobre la mejora, según el art. 824, y dejando á salvo los derechos del cónyuge sobreviviente. Concurran á la herencia hijos

de un solo matrimonio, ó de dos ó más; haya de tomarse la cuota del viudo del tercio de mejora ó del de libre disposición, no puede dudarse que un legado cualquiera sobre la misma porción, no siendo de la nuda propiedad, merma la legítima, y si consiste en una renta vitalicia ó pensión de alimentos, el usufructuario tendrá que privarse de una parte más ó menos considerable de los frutos ó rentas que produjesen los bienes usufructuados, no siendo ya su cuota la que marca la ley. El testador en esta forma vendría á disponer de una porción que la ley reserva á herederos forzosos, cosa imposible, según el art. 806, en relación con el 807, que da al cónyuge viudo la consideración de legitimario.

Creemos, por lo tanto, que el art. 508 sólo puede ser aplicado á los usufructos constituídos en última voluntad á favor de herederos voluntarios, debiendo estimarse como herederos de esta clase los mismos hijos en cuanto al tercio libre, y aun en cuanto á la mejora, si en armonía con el art. 824, la renta vitalicia ó pensión de alimentos se impone á favor de los legitimarios ó sus descendientes.

3.° Por último, el usufructuario de una cosa particular ó varias, sólo pagará el legado cuando la renta ó pensión estuviese constituída determinadamente sobre ellas.

Esta disposición prueba que cuando el usufructo es universal ó de parte alícuota de una herencia, no se necesita que el testador exprese la forma en que ha de pagarse el legado de renta ó pensión, ni que le imponga sobre determinados bienes. No obstante, si es su voluntad expresa que alguno de los usufructuarios de parte alícuota quede libre del pago de esos legados, se respetará ante todo, y sin perjuicio de las legítimas, su expresada voluntad.

La obligación del usufructuario dura, en los usufructos universales ó de parte alícuota, lo que dure el legado, y si éste subsiste mas allá del usufructo, lo que dure el usufructo, en la misma forma que las cargas, á que se refiere el art. 504.

Concuerda el art. 508 con el 610 de los códigos de Francia y Bélgica, 509 del de Italia, 2231 y 2232 del de Portugal, 846 del

de Holanda, 2900 y 2901 del de la República Argentina, 1014 y 1015 del de Méjico y Campeche, etc.

ARTICULO 509

El usufructuario de una finca hipotecada no estará obligado á pagar las deudas para cuya seguridad se estableció la hipoteca.

Si la finca se embargare ó vendiere judicialmente para el pago de la deuda, el propietario responderá al usufructuario de lo que pierda por este motivo.

El art. 509, al hablar del usufructuario de una finca hipotecada, da solución á un caso de usufructo particular, constituído por última voluntad ó por acto entre vivos, por título oneroso ó lucrativo. Falta una solución al caso de constituirse por acto entre vivos sobre la totalidad de un patrimonio, pues existiendo una ó varias fincas especialmente hipotecadas, no procede la aplicación del 506, ó por lo menos, este precepto contiene, como veremos, un vacío de importancia.

Afecta la finca ó fincas usufructuadas, si son varias, al derecho real de hipoteca, el pago del capital, ya proceda de un préstamo, precio aplazado, fianza de un cargo ú otra causa, si llegare el caso de hacerse efectivo, es de cuenta del nudo propietario. En cambio, los intereses, si por el acto ó contrato se devengan, deben pagarse por el usufructuario, con arreglo al art. 504.

Puede ciertamente hipotecarse la nuda propiedad ó el usufructo con separación, y cada uno de estos derechos responderá de su respectivo gravamen con independencia. Pero el art. 509 parte del supuesto de que la hipoteca afecta al dominio, al total de derechos sobre la finca ó fincas, ó sea que se constituye el usufructo sobre una finca gravada anteriormente con hipoteca. Nada puede impedir que al llegar la época del cobro exista aún el usufructo, y como las hipotecas sujetan directa y especialmente los bienes sobre que se imponen al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor (ar-

tículo 1876), si el nudo propietario, que es el obligado, no cumple, la finca puede embargarse y venderse judicialmente para el pago de la deuda, quedando el usufructuario privado de su derecho. A este efecto dispone el segundo párrafo del art. 509, que el propietario responderá al usufructuario de lo que pierda por este motivo; lo cual puede hacer, bien imponiendo el usufructo sobre otra finca equivalente, bien entregándole un capital en metálico, créditos ó efectos públicos que produzcan la misma utilidad, bien abonándole una renta ó pensión, etc., obrando de mutuo acuerdo, ó decidiendo en su defecto la autoridad judicial. Hay que advertir que lo que pierde el usufructuario es la diferencia entre el total producto de la finca ó fincas, y los intereses que abone al acreedor.

En evitación de los trastornos consiguientes al embargo, enajenación y pérdida de la finca ó fincas usufructuadas, por falta de pago del propietario, puede satisfacer la deuda ó cantidad de que respondan los bienes, el usufructuario, obrando en virtud de un derecho y no en cumplimiento de ninguna obligación. En este caso se aplicará el art. 1158: el usufructuario puede reclamar lo pagado al deudor, y si la finca hipotecada no es de la pertenencia de dicho deudor, puede reclamar el reembolso del capital al nudo propietario, á quien en realidad ha beneficiado con el pago. Al efecto, puede convenir á sus intereses obtener con las formalidades legales la cesión del crédito hipotecario ó exigir nueva hipoteca al nudo propietario; pero la solución legal es sin duda la posibilidad de retener la finca hasta el reembolso de los gastos hechos, reintegrándose con sus productos, con arreglo al art. 522.

Usufructos legales.—En el art. 509 sigue olvidándose el legislador de los usufructos legales. Aplicado su precepto al usufructo del cónyuge viudo, no se observa inconveniente alguno. Aplicado al usufructo que corresponde á los padres sobre los bienes de sus hijos, ó al marido en los de la dote inestimada, el segundo párrafo del artículo que examinamos no tiene razón de ser. Si la finca se vende para el pago de la deuda, el usufructo del padre ó del marido sobre ella se extingue. Esto, al menos, parece lo más lógico y natural. Y es que, como hemos afirmado varias veces (arts. 468 y

480), el verdadero usufructuario en tales casos no es solamente el padre ó el marido, y tanto los hijos como la mujer se encontrarían casi siempre imposibilitados de responder de lo perdido por la enajenación para el pago de deudas.

Usufructo constituído sobre la totalidad de un patrimonio en el que hay fincas hipotecadas.—Si constituído un usufructo por acto entre vivos sobre la totalidad de un patrimonio, existieran varias fincas ó todas las del patrimonio hipotecadas, el usufructuario sólo responderá del pago de las deudas en los casos que marca el artículo 506, por obligarse voluntariamente á ello, ó por haberse efectuado la enajenación ó constitución del usufructo en fraude de acreedores. Esta parece ser la solución legal, puesto que dicho artículo se refiere á toda clase de deudas, se halle ó no garantido su pago en cualquier forma. Pero los acreedores hipotecarios no tienen necesidad de acudir á la acción rescisoria; no siendo pagados por el nudo propietario, que nada disfruta, ó no conviniéndose en admitir para el cobro la nuda propiedad, perseguirán las fincas hipotecadas, procederán al embargo y venta judicial, y sí, como ocurrirá de ordinario, el nudo propietario no tuviese otros bienes con que indemnizar al usufructuarío lo perdido, el usufructo seguirá solamente sobre los bienes no vendidos. Bien mirado, las cantidades que representan los créditos hipotecarios forman desde luego una baja en el usufructo, algo de que el propietario dispuso antes de que este derecho se constituyera; tanto es así, que el usufructuario pagará los intereses de esos créditos, lo que equivale á no disfrutar del capital que representen las deudas.

Este caso, como el de ser una la finca hipotecada, venderse para el cobro del crédito y no tener otros bienes el nudo propietario, no se halla previsto en la ley. Sin embargo, la ley en el artículo 509 quiere que el usufructuario sea indemnizado de lo que pierda á consecuencia del embargo ó venta. Si no quedan bienes al nudo propietario, sólo existirá contra él acción personal. Si quedan bienes de los usufructuados, aun cabe reclamar contra el derecho de nuda propiedad; por lo que en este caso y en el de pagar la deuda el usufructuario, para la indemnización ó el reembolso de

gastos, aplicaríamos el art. 522, que concede al usufructuario ó sus herederos el derecho de retención de los bienes hasta reintegrarse con sus productos.

Repetimos que bajo la base en que está escrito el art. 509, de tratarse de una finca hipotecada para el pago de deudas, éstas de ordinario devengarán intereses; intereses que á no convenirse nada en contrario, deberán pagarse por el usufructuario y constituirán una baja de los frutos, por lo cual lo que realmente pierde en tal caso al venderse la finca, y de lo que debe ser indemnizado, hace relación á la utilidad líquida que estuviese disfrutando.

En los usufructos universales ó de parte alícuota constituídos por última voluntad, ha de tenerse presente el art. 510.

Los arts. 2234 del código de Portugal y 744 del de Veracruz, vienen á ser idénticos al nuestro, guardando también analogía las disposiciones de los arts. 611 de los códigos de Francia y Bélgica, 508 del de Italia, 846 del de Holanda, 2899 del de la República Argentina, 1017 del de Méjico, etc.

ARTICULO 510

Si el usufructo fuere de la totalidad ó de parte alícuota de una herencia, el usufructuario podrá anticipar las sumas que para el pago de las deudas hereditarias correspondan á los bienes usufructuados, y tendrá derecho á exigir del propietario su restitución, sin interés, al extinguirse el usufructo.

Negándose el usufructuario á hacer esta anticipación, podrá el propietario pedir que se venda la parte de los bienes usufructuados que sea necesaria para pagar dichas sumas, ó satisfacerlas de su dinero, con derecho, en este último caso, á exigir del usufructuario los intereses correspondientes.

El art. 510 se refiere á las deudas que antes hemos calificado de hereditarias.

Respecto al pago de ellas han de tenerse presentes los artícu-

los 1082 y 1087 del Código civil, y si la herencia se acepta á beneficio de inventario, los 1026 y siguientes. Como no se trata de gravámenes sobre los frutos, no son imputables esas deudas por completo al usufructuario, sino que estimándose éste como un heredero, y sucesor por tanto de las obligaciones del difunto, debe considerársele como responsable á los acreedores, proporcionalmente, al valor de su respectivo derecho.

Sin embargo el art. 510 no acepta esta regla. El importe de las deudas ha de satisfacerse en definitiva y por completo por el nudo propietario, sin otro derecho que el de disfrutar de los intereses del capital que representen mientras dure el usufructo. A la inversa, el usufructuario responde de esos intereses, ó éstos se consideran como una baja en el percibo de los frutos ó de las utilidades de los bienes usufructuados.

De aquí la disposicición del art. 510.

Usufructo universal.—1.º El nudo propietario no está obligado al pago de las deudas hasta la terminación del usufructo, de modo que hasta esa época el disfrute del capital que representen, ó los intereses del mismo, le corresponden de derecho. Por otra parte, las deudas han de ser pagadas, y los acreedores, en virtud del art. 1084 combinado con el 510, deben reclamarlas al usufructuario. Este puede anticipar, tiene derecho á anticipar las sumas necesarias para el pago de todas esas deudas, salvo el beneficio de inventario, y en este caso disfrutará *todos* los bienes, con derecho á exigir del propietario su restitución, sin interés, al extinguirse el usufructo. Luego el usufructuario queda privado del disfrute del capital que representan las deudas.

Hasta que el propietario reintegre las sumas anticipadas por el usufructuario, puede retenerse la cosa por éste ó por sus herederos, con arreglo al art. 522.

2.º El mismo derecho de anticipar las sumas necesarias para el pago de las deudas se concede al nudo propietario en la última parte del artículo, con facultad de exigir del usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses correspondientes, que han de estimarse baja de los frutos.

Si por acaso, usufructuario y nudo propietario quisieran anticipar dichas sumas, estimamos que debe ser preferido el primero, puesto que, según el artículo, el derecho del segundo sólo arranca de la negativa (ó imposibilidad) de aquél.

Las palabras «intereses correspondientes» dan lugar á duda. No expresándose que sean los legales, pudiera entenderse que esos intereses habían de ser los correspondientes á los créditos pagados, y por tanto, que si el nudo propietario pagase una deuda que redituaba un 15 por 100, un 15 por 100 de la misma suma debía satisfacer, mientras durase el usufructo, el usufructuario. Ahora bien: si se trataba de un crédito ó de una cantidad sin interés, por la anticipación del capital y porque la ley no establece excepción, habría de abonarse el 6 por 100 de interés legal, á no convenirse otra cosa distinta.

A esta solución encontramos un grave inconveniente. Si el interés fuese crecido y el usufructuario no pudiese anticipar el capital, puede recibir un grave perjuicio, porque aunque los bienes representen mayor valor que las deudas, sus utilidades pueden ser menores, y como no creemos que la ley haya querido poner en manos del nudo propietario un arma para explotar al usufructuario contra la voluntad de éste, si no existe conformidad para pagar en otra forma, habría que admitir que el usufructuario podría á su vez pedir que se vendiesen los bienes necesarios para el pago de las deudas, ú obligar al propietario á que aceptase en equivalencia de las sumas por él anticipadas la parte de bienes que representase el mismo valor, para que pudiera disfrutarlos y reintegrarse de esos intereses en la forma que mejor le conviniera.

Toca á la jurisprudencia aclarar estos extremos, aceptando la solución apuntada, ó declarando que en ningún caso pueden exigirse al usufructuario más intereses que los legales. En último término cabe siempre la renuncia del usufructo; pero, en nuestra opinión, la ley se refiere sólo, como en otros artículos, á los intereses legales, y la palabra «correspondientes» hace relación á la clase del usufructo, según que sea universal ó de parte alícuota: intereses legales correspondientes á todas las deudas, si el usufructo es uni-

versal; intereses legales correspondientes á la parte de deudas que represente la porción alícuota del usufructuario, si el usufructo fuese parcial.

3.° No pudiendo ó no queriendo el usufructuario anticipar las sumas expresadas, y no pudiendo ó no queriendo tampoco hacerlo el nudo propietario, puede éste pedir que se venda la parte de los bienes usufructuados que sea necesaria para pagar dichas sumas. Este medio da el mismo resultado que los anteriores en la parte esencial: el capital usufructuado por el usufructuario se disminuye en la misma proporción, ó de otro modo, paga con los bienes del usufructo en vez de pagar con bienes propios, y el nudo propietario recibirá en su día ese capital menos, en vez de entregar la cantidad que represente y perderlo en otra forma distinta.

La negativa del usufructuario á hacer uso del derecho (no obligación) que le concede el párrafo primero del art. 510, puede hacerse constar á requerimiento del propietario ó á requerimiento de los acreedores. Como la negativa del propietario á usar del mismo derecho, que le confiere la última parte del párrafo segundo, se hará constar también á requerimiento de dichos acreedores, pues no hay que olvidar que siendo éstos los interesados, si ellos no gestionan y reclaman, lo más probable es que no cobren, al menos tan pronto como debieran.

La venta de los bienes, en su caso, debe hacerse con intervención del usufructuario, porque, como dice un distinguido comentarista, se trata de determinar los bienes que será preciso vender, y se van á enajenar bienes sobre los cuales tiene una parte de propiedad. Del mismo modo, si la enajenación se hace á instancia de los acreedores por negativa ú oposición de los herederos ó legatarios interesados, el procedimiento debe seguirse contra el usufructuario y el nudo propietario, y la venta judicial, ó adjudicación en su caso, otorgarse en nombre de ambos.

Usufructo de parte alícuota de una herencia.—Este caso se rige por las mismas reglas ya apuntadas, sin más diferencia que la que hace relación á la parte que el usufructuario representa en la herencia. Así, si le corresponde satisfacer la mitad ó la tercera par-

te de las deudas, sólo el importe de dicha tercera parte ó mitad tendrá que anticipar, y sólo los intereses correspondientes á esa parte tendrá que abonar al nudo propietario cuanto éste verifique el pago.

De todos modos, y á pesar del art. 510, pueden los acreedores exigir el pago de sus créditos por entero á uno sólo de los herederos, observándose cuanto previenen sobre el particular los artículos 1082 al 1087.

Si el usufructo fuese *particular*, el usufructuario no responde del pago de las deudas que no afecten determinadamente á los bienes usufructuados.

Usufructos legales.—El único constituído por última voluntad es el del viudo. El cónyuge sobreviviente es un heredero, y aunque forzoso, en lo relativo á su legítima, responde de las deudas hereditarias. Así es que cuantas más deudas existan, menor será la cuota del viudo, porque quedará menos haber para legítimas. En cuanto las deudas sean conocidas previamente, el precepto es claro; pero puede ocurrir que después de practicada la partición aparezcan nuevas deudas que no pudieron antes tenerse en cuenta, ni deducirse del total de la herencia. En este caso, el viudo, como uno de los herederos, debe responder de esas deudas en proporción á su respectiva cuota, aplicándose el art. 510.

No existe en esta aplicación gravamen ni condición alguna, porque lo que el testador debía antes de ocurrir su fallecimiento, no era realmente suyo, y en el art. 818 el legislador expresa su pensamiento de que el importe de esas deudas constituya una baja previa del caudal.

Otro tanto puede decirse de las cargas que pesen sobre los bienes hereditarios, no impuestas por el testador en su última voluntad, sino existentes antes de su muerte, como censos, usufructos, etc., ya que en realidad disminuyen el valor de los bienes, y también se deducen en virtud del art. 818.

Concuerda el art. 510 con los 2235 y 2236 del código de Portugal, el 509 del de Italia, 612 de los de Francia y Bélgica, el cual es más detallado y estudia bajo otro aspecto la cuestión en

sus primeros párrafos; 845 del de Holanda, 2900 del de la República Argentina, 1019 y 1021 del de Méjico, etc.

ARTÍCULO 511

El usufructuario estará obligado á poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responderá, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios como si hubieran sido ocasionados por su culpa.

Expresa el art. 511 que los actos de un tercero, de que el usufructuario debe dar conocimiento al dueño, son solamente los que sean capaces de lesionar los derechos de propiedad. El emplear la frase *los derechos de propiedad*, y no el derecho de nuda propiedad, se presta á confusiones, y como además, por corresponder al usufructuario, por regla general, la posesión, es muy difícil separar lo que sólo incumbe al propietario de lo que puede hacer por sí mismo el usufructuario, al precepto del art. 511 hay que darle alguna más extensión de la que aparentemente representa. El artículo 2240 del Código portugués habla de derechos del propietario.

Como aclaración de lo que en este artículo se dispone, es útil conocer las leyes de Partida que se ocupaban de esta materia, ya que á sus preceptos suele siempre acompañar alguna explicacición.

Ley 4.ª, título 32, Partida 3.ª: «Aviendo algun ome el vsofruto en campo, ó en huerta, ó en otro lugar ageno: si alguno que non fuesse señor de aquella cosa començase alguna lauor nueuamente en ella, aquel que deue auer el vsofruto bien lo puede vedar que non labre y mas. Esso mismo puede fazer el que lo tuuiesse á peños, ó en feudo, ó á censo: é como quier que puede fazer este vedamiento al extraño, non lo puede fazer al señor del suelo; pero puédele demandar que le mejorasse todo el menoscabo que le auino en el vsofruto por razon de aquella lauor que començó y nueuamente, é él es tenudo de lo fazer.»

Ley 12, título 14, Partida 7.ª: «Otro sí dezimos que si alguno ouiesse tan solamente el vsofruto de alguna cosa que fuesse mueble, que si gela furtassen que puede demandar la cosa furtada é la pena del furto quanto montare, en razon del derecho que ha en el vsofruto. E si alguno ouiere el vsofruto en cosa que sea raíz é le furtaren el fruto della, estonce el vsofrutuario lo puede demandar todo con la pena del furto.»

Puede ser fácil separar los derechos de nuda propiedad y de usufructo y deducir de esta separación las acciones que de esos derechos se derivan; mas como uno y otro derecho componen el de dominio, y los actos de un tercero por de pronto sólo afectarán á la posesión, y la posesión en circunstancias normales corresponde al usufructuario, éste podrá obrar directamente contra el tercero sin necesidad de acudir al nudo propietario. Que A. le priva de la posesión de uña finca; que B. pretende pasar por ella; que C. intenta verter agua sobre su heredad; que D. labra una porción de terreno, ó introduce un ganado, ó intenta recoger ó recoge el fruto, etc., el usufructuario es perturbado en su posesión, y apoyado en el art. 446, puede por sí mismo interponer los interdictos.

Cabe, puesto que la posesión de buena fe en los bienes muebles equivale al título, que haya de intentarse una acción reivindicatoria en armonía con el art. 464; cabe que, pasado un año desde la perturbación, no pueda el poseedor ó el usufructuario que fué poseedor reclamar del tercero bienes inmuebles, cosa que sólo sobrevendrá por su culpa; cabe que se suscite una cuestión de derecho no relativa al usufructo, cuestión que es lo natural que se suscite al propietario; y cabe por tanto que, como consecuencia, carezca de personalidad el usufrucfuario para entablar reclamaciones ó contestarlas. Desde luego que en estos casos habrá de avisarse al nudo propietario, en virtud del art. 511. Pero como en rigor el mismo usufructo ha de volver á dicho nudo propietario, y éste se halla también interesado en la defensa de la posesión, por ser un derecho que al lesionarse afecta á los de propiedad, estimamos que aun cuando los actos del tercero sólo lesionen la posesión en cuanto á la cosa, debe el usufructuario poner esos actos en co-

nocimiento del dueño, tratando así de velar como un buen padre de familia por los bienes que disfruta y cuyos derechos representa.

Excepciones.—Solamente cuando se trate de cuestiones sobre los frutos ó sobre el derecho de usufructo, como unido á la persona del usufructuario, cesará dicha obligación de avisar en los usufructos normales.

En el caso del art. 494 y siempre que el usufructuario no esté en posesión de los bienes, no le incumbe la obligación del art. 511, como tampoco la del 497 ni otra alguna que descanse en el mismo supuesto de estar los bienes en su poder.

Tampoco existe esa obligación en los usufructos legales establecidos á favor de los padres ó maridos, pues como representantes legítimos de los nudo propietarios, les corresponde obrar desde luego en nombre de las personas que representan.

Responsabilidad.—Por falta de cumplimiento del art. 511, se impone al usufructuario la responsabilidad de los daños y perjuicios que sobrevengan, como si hubieran sido ocasionados por su culpa. De aquí se deduce que aun sin mediar aviso, si por entablar, por ejemplo, el usufructuario interdicto y prosperar éste, no hay daño ni perjuicio alguno, tampoco existe responsabilidad; pero si el daño sobreviniese á pesar del interdicto, por no preverse algún detalle, el usufructuario quedaría responsable, lo cual es fácil de evitar, no olvidando poner los actos del tercero en conocimiento del nudo propietario, pues el objeto de la ley parece ser el que, sin perjuicio del derecho del usufructuario, sepa el nudo propietario cuantos actos ataquen ó puedan lesionar la propiedad y obrar, si quiere, en su defensa.

Concuerda el art. 511 con el 2240 del código de Portugal, 614 del de Francia, 511 del de Italia, 849 del de Holanda, 2880 del de la República Argentina, 1369 del de Guatemala, 1022 del de Méjico, etc.

ARTÍCULO 512

Serán de cuenta del usufructuario los gastos, costas y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo.

El usufructuario toma posesión de una porción de terreno que se ha incorporado al suyo por avulsión, ó de una isla nacida en el río cerca de su heredad. El propietario antiguo de aquel terreno ó los dueños de otros predios ribereños suscitan cuestión. Como ésta versa sobre la pertenencia del aumento producido por la accesión, los gastos son de cuenta del propietario, por no estar comprendido este caso en el precepto del art. 512.

Un tercero arrebata al usufructuario la miés que tiene amontonada en la era, ó las crías de un ganado que usufructúa. La posesión de buena fe equivale al título. El usufructuario tiene que sostener un pleito para justificar que fué privado ilegalmente de la miés ó de las crías. Pierda ó gane, todos los gastos son de su cuenta, ora se entienda que es cuestión que versa sobre frutos y se comprende en el art. 512, ora, con más lógica, se afirme que en cuanto á esos frutos, como propios del usufructuario, no hay cuestión de usufructo, sino de propiedad, y se abonan los gastos por el propietario de las crías ó de la miés.

Si el usufructuario se extralimita en el ejercicio de su derecho, ya cortando árboles sin la competente autorización en terrenos lindantes con el Estado y no amojonados, ya pasando con sus carros por la heredad ajena sin existir servidumbre, ya con motivo del riego de sus fincas, del derecho de pesca, recolección de frutos, etc., todos los gastos de las cuestiones ó pleitos que por tales motivos se originen son de cuenta del usufructuario.

Se disputa el dominio; no hay duda de que paga el dueño. Se disputa el derecho de usufructo: los gastos incumben al usufructuario. Esto quiere decir el art. 512.

Limitan los comentaristas el alcance de este artículo, distin-

guiendo entre el usufructo constituído por título oneroso, y el constituído por título lucrativo; los pleitos en que se interese el propietario y los en que no se interese, etc., dejándole casi reducido á la nada; porque, extremando las cosas, hasta puede afirmarse que todos los pleitos que se sostengan sobre el usufructo interesan al propietario.

Del art. 512 sólo se deduce una limitación: todos los gastos de los pleitos que versen exclusivamente sobre el usufructo, son de cuenta del usufructuario; todos los que provengan de litigios no sostenidos exclusivamente sobre el usufructo, no son de su cuenta. Si en parte versan sobre el usufructo y en parte no, podrán exigirse parte de los gastos al usufructuario; pero esto es todo cuanto puede concederse.

Las reglas relativas á la evicción y saneamiento son por completo independientes y en nada se oponen al precepto del art. 512, porque sobre tener también limitada su esfera de acción, obedecen á una razón muy diferente.

Así es que las costas, gastos y condenas del pleito sostenido sobre el disfrute de las cosas, serán, por de pronto, exigibles al usufructuario, sin perjuicio de que éste, cuando proceda, cite de evicción al nudo propietario ó á los herederos del constituyente, y les exija, en virtud del art. 1478, las costas del pleito que haya motivado la evicción. Pueden presentarse casos en los cuales, á pesar de estar constituído el usufructo por título oneroso, no proceda la evicción, por ventilarse cuestiones por completo indiferentes al nudo propietario, ó no comprendidas en el espíritu del art. 1475, y puede haberse renunciado el derecho al saneamiento. ¿Cabe dudar, en tales casos, que los gastos, costas y condenas del pleito son exigibles al usufructuario? Este compró el usufructo; por actos propios y exclusivos suyos, es condenado al pago de una indemnización; si el art. 512 sólo se aplicase á los usufructos gratuitamente constituídos, ¿diríamos que esa *condena* debía hacerla efectiva el propietario? Claro es que la evicción y saneamiento no siempre procede, y claro, por consiguiente, que hay que aplicar el art. 512.

Por lo dicho no estamos conformes tampoco con la opinión de

un notable comentarista, que afirma que esto de condenas es una incompleta dicción que se refiere á la condena de costas. Así como los gastos no son costas, las condenas tampoco lo son. Entendemos que con la palabra condenas, más ó menos propiamente, alude la ley á las multas, indemnizaciones, etc., que por virtud de la sentencia puede hallarse obligado á pagar el litigante.

Por lo demás, las costas serán de cuenta del usufructuario, ya hubiese sido condenado á su pago por completo, ya se hubiese fallado el pleito sin expresa condenación.

El art. 2219 del código de Portugal adopta un sistema distinto, según que el usufructo se hubiera constituído por título lucrativo ó por título oneroso. A pesar del distinto sistema, podemos tomar como aprovechable para nuestra explicación la regla general ó el precedente ó base de aplicación de dicho art. 2219: «El usufructuario puede usar de todos los medios que competen al propietario para ser mantenido en su usufructo.» A los pleitos seguidos con este fin debe referirse nuestro art. 512; pero en absoluto, fuese el título constitutivo ú oneroso, y sin perjuicio, cuando proceda del derecho de evicción y saneamiento.

A pesar de todo, la aplicación del art. 512 ha de originar en la práctica dudas. Lo más usual, lo más ordinario, será la interposición de un interdicto. Los gastos que motive, como todos los relacionados con la posesión, ¿debe pagarlos el propietario ó el usufructuario? Entendemos que, ya por ser de cuenta del poseedor, ya por hallarse relacionada la cuestión con el disfrute, esos gastos, por regla general, deben satisfacerse por el usufructuario.

Los códigos extranjeros, en su mayoría, distinguen entre el usufructo por título oneroso ó lucrativo (República Argentina, artículo 2909; Méjico, 1023 y 1024; Guatemala, 1370 y 1371; Baja California, 922 y 923, y Portugal, art. cit.); y entre los pleitos que pueden ó no interesar al propietario (Italia, art. 510; Holanda, 848; Veracruz, 748). Francia y Bélgica, art. 613; Luisiana, Uruguay y otros, sientan solamente la misma regla general de nuestro art. 512.

SECCIÓN CUARTA

DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE EL USUFRUCTO

ARTÍCULO 513

El usufructo se extingue:

1.º Por muerte del usufructuario.

2.º Por espirar el plazo por que se constituyó, ó cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.

3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona.

4.º Por la renuncia del usufructuario.

5.º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo.

6.º Por la resolución del derecho del constituyente.

7.º Por prescripción.

ARTÍCULO 514

Si la cosa dada en usufructo se perdiera sólo en parte, continuará este derecho en la parte restante.

Hemos visto en las secciones anteriores cómo vive legalmente el usufructo, y hemos observado la serie de derechos y de obligaciones que durante su vida puede alcanzar ó se halla sujeto á cumplir. Tócanos ahora hablar de las causas de la muerte de ese derecho, de la serie de relaciones que por su extinción se crean, y de las cuestiones ó dudas que pueden suscitarse sobre si realmente dejó ó no de existir.

El art. 513 expresa todas las causas de extinción. Todos los demás, hasta el 522, le explican ó complementan.

Haremos sólo una advertencia previa. Las causas de extinción no se hallan subordinadas las unas á las otras como quiere algún comentarista; no puede decirse que si el usufructuario muere ya no hay que esperar el cumplimiento del plazo ó de la condición,

porque también si la cosa se pierde totalmente ya no procede la renuncia del usufructuario. Lo que hay es cierta confusión, por comprenderse causas de naturaleza muy diversa, las unas al lado de las otras, sin aclaración alguna; causas de extinción del usufructo en general y siempre, cualquiera que sea la forma de su constitución, y causas de extinción de determinadas formas de usufructo, que sólo respecto á esa forma pueden aplicarse. La pérdida total de la cosa acaba toda especie de usufructo; la espiración del plazo sólo puede extinguir un usufructo que estuviese á plazo constituído.

I.—Muerte del usufructuario.

La confusión antes señalada hace que no resulte claramente si esta primera causa de extinción es aplicable á toda especie de usufructo ó sólo al usufructo constituído para durante la vida del usufructuario. Antes de la muerte de éste puede espirar el plazo señalado, cumplirse la condición resolutoria consignada en el título, resolverse el derecho del constituyente, perecer el objeto, consolidarse el usufructo con la nuda propiedad ó renunciarse el derecho. En estos casos, la muerte posterior del usufructuario es indiferente. ¿Puede decirse del mismo modo que ocurriendo la muerte antes de sobrevenir cualquiera de esas causas de extinción, no será ya ninguna de ellas aplicable? Todos los autores que hemos podido consultar resuelven de un modo uniforme esta cuestión, que es por cierto de esencia capital en el usufructo: la muerte del usufructuario extingue siempre el usufructo, cualquiera que fuese la forma de su constitución.

Y sin embargo de tal conformidad de opiniones, tenemos la íntima convicción de que no debe ser así, de que debe atenderse ante todo á la forma de la constitución del usufructo y respetarse siempre la voluntad de las partes. Ya hemos defendido nuestra opinión al fin del comentario de los artículos 472 á 475, y aquí seguimos sosteniendo la misma idea.

No necesitamos apoyarnos en la doctrina de la sentencia de 13

de Septiembre de 1861, que interpretando el derecho anterior, por cierto de un espíritu mucho más restrictivo, vino á reconocer la verdad de la opinión que defendemos. El respeto consagrado por la ley á la voluntad individual, ya en general, ya con relación al usufructo, no puede ser hollado por consideración á añejas teorías que han perdido su más valioso fundamento. Consentir la constitución del usufructo por título oneroso; permitir la fijación voluntaria de un plazo para imponer la resolución del acto, tal vez al día siguiente de su constitución, por muerte de uno de los contratantes, bajo el absurdo pretexto de que esa fué la voluntad y esa la intención de los interesados, que clara y expontáneamente pactaron condiciones distintas y contrarias, es un contrasentido inexplicable, es sustituir la ficción á la realidad. Decir que en el usufructo se busca la persona y se concede el derecho por la confianza que esa persona inspira, y á renglón seguido permitir al usufructuario la enajenación de su derecho, la sustitución de su personalidad, es sentar principios que se contradicen, y como el segundo es evidente, el primero tiene que ser falso. Cuando la idea del constituyente sea, en efecto, que sólo la persona que escoge pueda usufructuar sus bienes, llano tiene el camino en la ley: establezca el usufructo vitalicio, ó mejor, sujete la subsistencia del derecho á la condición resolutoria de no poder ser enajenado ni transmitido en forma alguna.

No insistiremos en lo que en otro lugar quedó expuesto. En nuestra opinión, no sólo puede prorrogarse expresamente el usufructo, en virtud de pactos lícitos, más allá de la muerte del primer usufructuario, sino que siempre que conste que la voluntad de las partes ó la del constituyente no fué la de subordinar la duración del usufructo á la vida del que en primer término lo adquiere, la muerte del usufructuario no influye en esa duración. Así, el usufructo constituído por un número determinado de años, ó con determinada condición resolutoria, ó para durante la vida del constituyente ó de un tercero, durará hasta que el plazo espire, la condición se cumpla ó mueran las personas expresadas, porque esa fué la voluntad de los interesados, y ni hay precepto

alguno que expresamente se oponga, ni razón para negar tan sagrado derecho.

El número segundo del art. 513, que pasamos á examinar, contiene un vacío. Sabemos cuándo termina el usufructo constituído á plazo ó con condición; pero nos falta saber lo más preciso, saber cuándo termina un usufructo, que por haberse constituído puramente, no tiene duración fijada por los interesados. Los números tercero y siguientes no dan la solución, porque encierran causas de extinción, generales al usufructo puro, á plazo ó con condición. ¿Es, en efecto, un vacío de la ley? Creemos que no: el número primero del art. 513 resuelve precisamente ese caso.

II.—Vencimiento del plazo: cumplimiento de la condición.

A.—Ya indicamos en el art. 469 lo referente á la constitución del usufructo hasta cierto día, y arriba queda expuesto que en tal caso ha de esperarse á que el plazo termine, en cumplimiento de lo que sin distingos establece el núm. 2.° del art. 513. El 516 presenta un ejemplo de usufructo á plazo, y no condicional, como afirma algun comentarista; todo usufructo que depende de la vida de una persona, es un usufructo hasta cierto día, pues según el art. 1125, entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo.

B.—Condición resolutoria es aquella cuyo cumplimiento determina la extinción de un derecho. Mientras la condición ó el hecho incierto está pendiente, el usufructuario disfruta los bienes con la amenaza de resolución de su derecho, por lo que, si lo transmite, ha de ser afectándolo á la misma incertidumbre con que él lo tiene. Si la condición se cumple, el usufructo se extingue; si la condición no se cumple, el derecho de usufructo se consolida, digámoslo así, se hace firme como si se hubiera establecido puramente, y terminará cuando previamente se estableciera para ese caso; no constando nada en contrario, por la muerte del usufructuario; y siempre, por las causas generales de extinción comprendidas en el artículo 513.

No hay que confundir la condición de que puede depender el nacimiento ó la extinción del usufructo, con las condiciones que el constituyente pueda imponer al usufructuario, y cuya falta de cumplimiento puede también motivar la resolución del derecho si así se establece. En este último caso puede estimarse como hecho incierto, determinante de la condición resolutoria que afecta al usufructo, el dejar de cumplir las condiciones estipuladas; pero aquí el cumplimiento de la condición es precisamente la falta de cumplimiento de las condiciones, y por otra parte, no siempre se establecerá la resolución, quedando reducidos los efectos de esa falta de cumplimiento á una simple indemnización.

La sentencia de 17 de Abril de 1884 declara que, hecha la concesión de una casa por todo el tiempo en que no fuese necesaria al constituyente, y con la expresa condición de haber de dejarse á disposición del mismo ó de su esposa si volvían al pueblo en que radicaba el edificio, se concedió un usufructo eventual que debía extinguirse, no sólo por el simple regreso del dueño ó de su mujer, sino con mayor razón por otra causa más apremiante que ésta, como la necesidad de atender á sus alimentos, emplear su importe en operaciones comerciales, y en general, cualquiera otra que llenase la condición impuesta de llegar el caso de ser la casa necesaria al constituyente.

III.—Reunión del usufructo y la propiedad en una sola persona.

No estamos conformes con la opinión de varios comentaristas, que expresan que la consolidación no es una verdadera forma de extinguirse el usufructo, sino más bien una consecuencia ó efecto necesario de la extinción. Cierto que en todos los casos de terminación del usufructo se reune este derecho con la nuda propiedad; pero por lo mismo, si el núm. 3.° del art. 513 no ha de ser un precepto inútil, ha de suponerse que alude á una causa de extinción especial que puede ser independiente de todas las otras. Y así es, en efecto, y claramente lo dice la ley 24, tít. 31, Partida 3.ª: «si

aquel que ouiesse el vsofruto en la cosa comprase la propiedad della, se desata por ende el vsofruto, porque se ayunta todo despues en un señor». Si por muerte del hijo, único heredero, pasa su herencia intestada á la madre y usufructuaria, también hay consolidación y terminación especial del usufructo.

El art. 1373 del código de Guatemala habla de un caso de consolidación parcial. Cuando se verifica ésta respecto á una sola cosa ó á una parte de lo que se usufructúa, subsiste el usufructo en lo demás. Así se deduce también del art. 514.

IV.—Renuncia del usufructuario.

Se refiere la ley á una renuncia extintiva y no á una cesión. El usufructo, en tal caso, se extingue volviendo al nudo propietario, y es claro que no se necesita el consentimiento de éste, puesto que partimos del supuesto de existir un verdadero abandono y no una cesión á su favor.

La renuncia debe ser expresa, pues el abandono tácito, como expresa un notable comentarista, no produce la consolidación, y más bien puede motivar la extinción por prescripción.

Si la renuncia se hace en fraude de acreedores puede rescindirse, pues equivale á una cesión gratuíta de derechos. Tienen gran relación con esta materia los artículos 1001, 1935 y 1937, y además sobre enajenaciones en fraude de acreedores pueden consultarse los arts. 643, 1111, núm. 3.° del 1291, 1297 y 1298.

También debemos recordar en este lugar el núm. 2.° del artículo 107 de la ley Hipotecaria, al cual nos referimos en el comentario del art. 480.

V.—Pérdida total de la cosa objeto del usufructo.

Si la pérdida es parcial, hay que aplicar el art. 514, del cual es un caso de aplicación el 517. Véanse también los 518, 519 y 520. No existiendo pérdida *total* de la cosa en el caso de cambiarse su forma, no puede estimarse esta causa como modo de ex-

tinción del usufructo, aunque sí lo será, salvo pacto especial en contrario, de responsabilidad para el usufructuario.

Hay pérdida total de la cosa, como dice un distinguido comentarista, «cuando su potencia fructífera ó reproductiva se haya acabado completamente; cuando los servicios ó utilidad que rendía al usufructuario se hayan hecho imposibles; en una palabra, cuando la posibilidad de obtener aprovechamientos de la cosa usufructuada, en consideración á los cuales se constituyó el usufructo, se extinga en su totalidad». No se deduzca de aquí, sin embargo, que el hecho de hacerse infructífera la cosa, extingue el usufructo; es necesario que el objeto desaparezca por completo, pues mientras subsista algo, nunca podrá decirse completamente inútil, y aunque así se estimase, no podría afirmarse que había pérdida *total de la cosa.*

Entiéndase también que la cosa se pierde, según el art. 1122, núm. 2.°, cuando queda fuera del comercio ó desaparece de modo que se ignora su existencia ó no se puede recobrar.

En este caso termina todo derecho sobre la cosa, así el usufrucfructo como la nuda propiedad, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda exigirse al usufructuario si la pérdida ocurrió mediando dolo ó culpa por su parte.

VI.—Resolución del derecho del constituyente.

Esta causa es distinta de la que se expresa en segundo lugar, en cuanto si hay condición resolutoria, que no siempre la habrá, debe estimarse anterior á la constitución del usufructo porque afecta al constituyente, en tanto que la causa segunda se refiere á una condición impuesta, digámoslo así, al usufructuario, y que, aunque se cumpla, no resuelve el derecho del constituyente. Este sólo puede disponer del usufructo libremente, perteneciéndole en absoluto, preexistiendo en él el derecho que constituye ó transmite. Si no era suyo, ó sólo le pertenecía condicionalmente, cabe que se resuelva su derecho, y como una inmediata consecuencia, que haya de extingirse el usufructo como fundado en una base falsa.

No obstante, si en el título constitutivo no se hizo constar la

posible resolución, cabe que esta causa no extinga el usufructo, ya por haberse adquirido este derecho por *prescripción*, ya por estar *inscrito* y no proceder la anulación ó la cancelación con arreglo á las prescripciones de la ley Hipotecaria.

Todas las causas que pueden anular ó *rescindir* el acto ó contrato en que fundaba su derecho el constituyente, llegado el caso de la anulación ó resolución, parece que debieran extinguir el usufructo, según el núm. 6.° del art. 513. No es así, sin embargo. Desde luego quedan fuera de la regla todas las causas que anulen ó rescindan directamente los actos ó contratos de constitución del usufructo, porque mediante ellas, aunque se extinga el derecho del usufructuario, no por ello se resolverá el derecho del constituyente. En esto no hay cuestión, porque es un caso distinto. Pero, por otra parte, y prescindiendo de lo antes dicho sobre prescripción é inscripción, el art. 1295 dispone que no tendrá lugar la *rescisión* cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, de donde debemos deducir que en caso de rescisión, debe respetarse el usufructo, á no probarse la mala fé del usufructuario, y salvo el caso de haberse constituído en fraude de acreedores por regir preceptos especiales. Si además nos fijamos en que el núm. 6.° del art. 513 sólo habla de *resolución* del derecho del constituyente, habremos de concluír que la esfera de acción de dicho precepto es bastante más limitada de lo que han supuesto la mayoría de los comentaristas.

El constituyente tiene su derecho pendiente de una condición resolutoria, y esta se cumple y su derecho se resuelve; creía ser dueño de los bienes y es vencido en la cuestión de propiedad; su derecho se anula por haber mediado error ó violencia, etc. Estos son casos de aplicación del núm. 6.° del art. 513.

Han de tenerse presentes los arts. 33, 34, 36 y 37 de la ley Hipotecaria, cuyo exámen detallado, encajará mejor en el comentario de los artículos del Código referentes á la nulidad y rescisión. A los arts. 33 y 34 nos hemos referido en otra ocasión. Transcribiremos aquí los otros dos.

«Art. 36. Las acciones rescisorias y resolutorias, no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta ley.

»Art. 37. Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior:

»*Primero.* Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten explícitamente en el Registro.

»*Segundo.* Las acciones rescisorias de enajenaciones, hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes: 1.° Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito. 2.° Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude. En ambos casos prescribirá la acción al año, contado desde el día de la enajenación fraudulenta.»

Por último, aunque algunos autores señalan como casos de terminación, incluídos en el número que examinamos, los referentes al usufructo legal que corresponde á los padres en los bienes de los hijos, y al viudo en los bienes reservables, no podemos asentir á esta opinión, porque el constituyente en tales casos (si el último fuese un usufructo legal) es la ley, cuyo derecho á constituirlos no puede resolverse. El usufructo á favor del padre ó del viudo es un usufructo hasta cierto día, y si se quiere, condicional.

VII.—Prescripción.

No será precisamente el *no uso* el que extinguirá de ordinario el derecho de usufructo, sino mas bien el uso por un tercero. Cabe, no obstante, en el usufructuario, un abandono tal que no ejercite el derecho de usufructo, y en este caso á los treinta años en los inmuebles y á los seis en los muebles, se entenderá que ha renunciado el usufructuario su derecho y se extinguirá por prescripción. Pero cabe también que quede extinguido el usufructo, y en un plazo más corto, por la prescripción á favor de un tercero del dominio absoluto de la cosa gravada con aquél. A una y otra prescripción alude, sin duda, el núm. 7.° del art. 513 que estamos examinando, puesto que se refiere en general á la prescripción, y lo mismo puede perder su derecho el usufructuario por la pres-

cripción de su acción, que por la del dominio pleno á favor de un tercero. Esta materia se rige por las reglas establecidas para la prescripción en el tít. XVIII del libro 4.° de este Código.

Una duda proponen los autores. «Para que el usufructo no prescriba en el caso de que el usufructuario haya enajenado su derecho, ¿es preciso, se pregunta, que el adquirente ó comprador ejercite sus derechos? ¿bastará que el usufructuario disfrute el precio? En Derecho romano, añade el autor á que aludimos, tratándose del caso del arrendamiento, se resolvió por la subsistencia del usufructo cuando el usufructuario disfrutaba la renta, aunque el arrendatario no disfrutase la cosa. Lo mismo enseñan Proudhon, Pothier y otros, y así parece lo natural: la renta, en el caso del arrendamiento, es un fruto civil; así es que el usufructuario que la percibe, goza de su usufructo; y lo mismo debe decirse del caso de la venta.» Resuelven la cuestión en el mismo sentido otros conocidos comentaristas.

VIII.—Otras causas de extinción del usufructo.

La *capitis diminutio maxima ó media*, hoy, naturalmente, borrada de nuestro derecho, era en la ley 24, tít. 31, Partida 3.ª, otro modo de extinguirse el usufructo. No puede decirse que le sustituya la interdicción civil, porque ésta es una falta de capacidad que se suple con la intervención de los representantes legítimos; así es que el usufructo no se extingue, pues será ejercitado por dichos representantes. Lo mismo decimos del caso de sobrevenir la locura ú otra especie de incapacidad.

Era también causa de terminación del usufructo, según la misma ley, la enajenación del derecho de usufructo por el usufructuario, disposición expresamente derogada hoy por el art. 480 del Código civil.

Tampoco puede estimarse subsistente como forma extintiva la destrucción de la casa ó edificio, si atendemos á los arts. 514 y 517.

Pero pueden señalarse otras causas especiales no comprendidas en el art. 513. Tales son:

1.ª La falta de cumplimiento de las condiciones impuestas ó

estipuladas al constituirse el usufructo, y en general, todas las causas que libremente quieran establecer las partes como determinantes de la extinción.

2.ª La rescisión ó anulación del acto ó contrato de constitución del usufructo. Esta causa ofrece alguna analogía con la del número 6.º del art. 513; pero es esencialmente distinta, como advertimos antes, por no afectar en nada al derecho del constituyente.

3.ª Todas las causas especiales de extinción de los usufructos legales.

Respecto al usufructo á favor del *cónyuge viudo* no existe causa especial alguna, como no se estime tal la que pudiera motivar, después de empezado el usufructo, la aplicación del art. 838.

En el usufructo á favor de *los padres* son causas de extinción ó suspensión del usufructo las que se comprenden en los arts. 167 al 171 del Código, y entre ellas la misma interdicción civil, no aplicable en general á los usufructos voluntarios, y el segundo matrimonio de la madre, la muerte, la emancipación ó adopción del hijo, no vivir en compañía de sus padres, etc.

El usufructo á favor del *marido* se extingue cuando se disuelve la sociedad conyugal por muerte de alguno de los cónyuges ó nulidad del matrimonio (art. 1417); por decretarse la separación de bienes en los casos prevenidos en el art. 1433, ó transferirse la administración á la mujer en los del art. 1441, puntos todos que serán examinados en su lugar correspondiente.

En resumen: hay causas *generales* de extinción del usufructo aplicables, cualquiera que sea la forma de su constitución, y hay causas *especiales* que se refieren á determinadas formas ó modos de constituirse. En las primeras se comprenden los números 3.º al 7.º del art. 513, y la causa 2.ª de las expresadas anteriormente, como no comprendidas en dicho artículo. Respecto á las segundas, el usufructo constituído puramente se extingue por muerte del usufructuario; el que se constituye á término, por espirar éste, ya por muerte del mismo usufructuario, del constituyente ó de un tercero, llegar á la mayor edad, transcurrir el número de años prefijado, etc.; el que depende de una condición resolutoria, por cumplimiento de

ésta; aquél en que las partes establecen causas especiales de extinción, como el mal uso, la pérdida parcial de la cosa, etc., por llegar el caso previsto para la terminación; y los usufructos legales, por cesar su razón, como hemos expresado anteriormente.

Inscripción.—Para cancelar en el Registro la inscripción del usufructo basta presentar documentos fehacientes que acrediten el hecho de la conclusión. En caso de ser el usufructo vitalicio, justifica cumplidamente el hecho la partida de defunción, y siendo el usufructo hasta cierto día, la misma escritura ó documento de su constitución, lo cual es conforme con el Real decreto de 20 de Mayo de 1880.

En caso de renuncia, será necesaria escritura pública ó documento auténtico en que dicha renuncia conste. El cumplimiento de condiciones resolutorias motiva una nueva inscripción y exige también un documento público, como para un caso análogo declaró la Resolución de 10 de Marzo de 1866 sobre consolidación de los dominios directo y útil.

Códigos extranjeros.—Los códigos de Francia y Bélgica, artículo 617, no mencionan entre las causas de extinción del usufructo la renuncia del usufructuario ni la resolución del derecho del constituyente. Los de Méjico y Guatemala, arts. 1026 y 1373, añaden una causa nueva, la falta de prestación de fianza en el usufructo á título gratuíto. El de Italia, art. 515, contiene otra, la conducta antijurídica del usufructuario, ya vendiendo los bienes, deteriorándolos ó dejándolos perecer. El de Portugal, art. 2241, es muy semejante al nuestro.

ARTÍCULO 515

No podrá constituirse el usufructo á favor de un pueblo ó Corporación ó Sociedad por más de treinta años. Si se hubiese constituído, y antes de este tiempo el pueblo quedara yermo, ó la Corporación ó la Sociedad se disolviera, se extinguirá por este hecho el usufructo.

El art. 515 regula la duración del usufructo constituído á favor de personas jurídicas en general. El plazo de treinta años que se fija, representa el máximum que concede la ley; y la voluntad individual, á pesar de los arts. 467 y 470, no puede traspasar ese límite, si bien podrá constituirse después un nuevo usufructo por otros treinta años. Es claro que es lícito señalar un término más corto.

Si la sociedad se disolviese ó el pueblo quedare yermo antes de la terminación del plazo, sea éste de treinta años ó menos, se extinguirá también el usufructo por falta de sujeto activo en esta relación.

La ley 26, tít. 31, Partida 3.ª, añadía: «Pero si todos los moradores de aquél lugar, ó alguna partida dellos poblassen despues de so vno en otro lugar; en saluo les fincaria el derecho que auian en aquel vsofruto, magüer desamparassen el suelo de la villa do estauan poblados á la sazon que ganaron el vsofruto».—Este precepto no debemos estimarlo vigente, puesto que se omite en el Código.

Las Partidas fijaban en cien los años de duración. El código de Guatemala señala diez, y treinta, como el nuestro, los de Portugal, Francia, Bélgica, Italia, Holanda y Méjico.

ARTÍCULO 516

El usufructo concedido por el tiempo que tarde un tercero en llegar á cierta edad, subsistirá el número de años prefijado, aunque el tercero muera antes, salvo si dicho usufructo hubiese sido expresamente concedido sólo en atención á la existencia de dicha persona.

Este artículo debe estimarse como aclaratorio. Se trata de un usufructo á plazo, que naturalmente termina al espirar ese plazo, ó sea al cumplir el tercero la edad prefijada, segun el núm. 2.° del art. 513. Si otra cosa consta expresamente en el título constitutivo, ó de él resulta que sólo se concedió el usufructo en atención á la existencia de dicho tercero, se respetará ante todo la voluntad de los interesados, como disponen los arts. 467 y 470.

El art. 516 resuelve el caso en que falta la expresión clara y terminante de la voluntad del constituyente, y lo resuelve lógicamente, puesto que el tiempo que tarde un tercero en llegar á cierta edad, no constando nada en contrario, no es más que un plazo fijado á la duración del usufructo.

Obsérvese que en absoluto se dispone que ese usufructo *subsistirá el número de años prefijado*, sin que influya en ello la muerte del tercero, ni la muerte del usufructuario, puesto que sin distingos y de un modo terminante así se ordena.

ARTÍCULO 517

Si el usufructo estuviera constituído sobre una finca de la que forme parte un edificio, y éste llegare á perecer, de cualquier modo que sea, el usufructuario tendrá derecho á disfrutar del suelo y de los materiales.

Lo mismo sucederá cuando el usufructo estuviera constituído solamente sobre un edificio y éste pereciere. Pero en tal caso, si el propietario quisiere construír otro edificio, tendrá derecho á ocupar el suelo y á servirse de los materiales, quedando obligado á pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales.

De dos partes consta el art. 517. La primera es simple aplicación del 514. La segunda demuestra hasta qué extremo lleva el legislador el rigorismo de dicha aplicación, puesto que, se estime ó no el edificio como un accesorio del suelo, es lo cierto que la ruina ó destrucción de ese edificio no es la pérdida total de la cosa, pues algo utilizable queda.

Si se tratase de un edificio construído en suelo ajeno, aun cabría hablar de la utilización de los materiales. El derrumbamiento de un edificio no produce, pues, nunca normalmente la extinción del usufructo. El título constitutivo puede determinar distintas reglas.

El primer párrafo se refiere á un usufructo constituído sobre una finca de la que forme parte un edificio: una labor con casa-cortijo, una huerta con casa de recreo, una hacienda, torre, masía, etc. El usufructo continúa sobre todo el tereno, incluyendo el solar, y sobre los materiales del edificio destruido.

La frase «de cualquier modo que sea», la interpretamos como equivalente á cualquiera que sea la causa de que el edificio perezca. No se halla en el segundo párrafo, pero al efecto debe estimarse éste subordinado al anterior, y ambos consecuencia necesaria del 514. Es cuestión muy distinta la referente á la responsabilidad, exigible en su caso, por la ruina del edificio. El usufructo en ningun caso se extingue: si el edificio se arruinó por culpa del nudo propietario, éste responderá al usufructuario de lo que pierda, por ese motivo, con mayor razón que en el caso del art. 509; si el edificio se arruinó por culpa del usufructuario, éste deberá la indemnización correspondiente, de la que responden su fianza ó sus bienes.

El segundo párrafo se refiere á un usufructo constituído solamente sobre el edificio que perece, y la solución es la misma, salvo el derecho del propietario á edificar de nuevo, que en el otro caso no existe. Si quisiese construir otro edificio sobre el mismo suelo, tiene el dueño derecho á utilizar los materiales; pero ha de pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales. Suponemos que el art. 517 se referirá á los intereses legales, como lo hace expresamente el 519.

La ley 25, título 31, Partida 8.ª, estimaba causa de extinción del usufructo la ruina del edificio, y en el mismo criterio se inspiran los códigos de Francia y Bélgica, Portugal, Guatemala, Méjico, etc.

ARTÍCULO 518

Si el usufructuario concurriere con el propietario al seguro de un predio dado en usufructo, continuará aquél, en caso de siniestro, en el goce del nuevo edi-

ficio si se construyere, ó percibirá los intereses del precio del seguro, si la reedificación no conviniera al propietario.

Si el propietario se hubiera negado á contribuir al seguro del predio, constituyéndolo por sí solo el usufructuario, adquirirá éste el derecho de recibir por entero, en caso de siniestro, el precio del seguro, pero con obligación de invertirlo en la reedificación de la finca.

Si el usufructuario se hubiese negado á contribuir al seguro, constituyéndolo por sí solo el propietario, percibirá éste íntegro el precio del seguro en caso de siniestro, salvo siempre el derecho concedido al usufructuario en el artículo anterior.

En previsión de que esté asegurado ó alguno de los interesados quiera asegurar el predio dado en usufructo, se determinan con claridad en este art. 518 los derechos que corresponden al propietario y al usufructuario sobre el precio del seguro, entendiéndose por tal la cantidad que, en caso de siniestro, debe abonar el asegurador al asegurado, conforme al contrato de seguro. Aunque el Código de Comercio permite varias clases de seguros, el más general, y del que trata especialmente, es el *seguro contra incendios*; y á éste se refiere sin duda el presente artículo, por ser el adecuado para asegurar las cosas que son objeto del usufructo. Y como algunas fincas rústicas están tan expuestas al incendio como las urbanas, y pueden ser objeto de dicho contrato, por esto se emplean las palabras genéricas *predio, finca* y *edificio*, para que no se dude que el seguro de unas y otras está comprendido en la disposición de que tratamos.

Es un principio inconcuso en esta materia, que la nuda propiedad de la cosa dada en usufructo pertenece al propietario, y los frutos naturales, industriales y civiles de la misma cosa corresponden al usufructuario: aquél es dueño del capital y éste de los productos. A ese principio está ajustada estrictamente la solución que da el presente artículo en cada uno de los tres casos que en él se mencionan, cuando por estar asegurada la finca, y ocurrir el

siniestro á que el seguro se refiera, abone el asegurador el valor de los daños en su virtud ocasionados. Este valor sustituye, en todo ó en parte, según la importancia del siniestro, al capital de la finca que pertenece al propietario; pero el interés ó utilidad que pueda producir es del usufructuario, y en este sentido se resuelven los tres casos que pueden ocurrír, como vamos á demostrar.

Caso primero. El usufructuario y el nudo propietario concurren al seguro.—¿En qué proporción han de hacerlo? No lo dice el Código, porque no debía decirlo, puesto que no obliga á los interesados á que realicen el seguro. Si conviene á sus intereses, lo llevarán á efecto por su libre y expontánea voluntad, acordando á la vez la proporción en que han de contribuir al pago de la prima del seguro, según las condiciones y circunstancias de la finca. Si no llegan á ponerse de acuerdo, no puede realizarse el seguro por cuenta de ambos, y no cabe, por tanto, aplicar la disposición de que tratamos: será aplicable la del art. 517, ó en su caso las de los párrafos 2.° y 3.° del presente art. 518.

Pero se ponen de acuerdo usufructuario y propietario, y realizan el seguro por cuenta de ambos. Cualquiera que sea la proporción en que contribuyan al pago de la prima, sus respectivos derechos, caso de siniestro, son los que se determinan en el párrafo 1.° del presente art. 518, salvo pacto lícito en contrario, que será eficaz conforme al art. 1255. Dedúcese de dicha disposición que el propietario, como dueño del capital, es árbitro para emplear, ó no, el precio del seguro en la reedificación de la finca destruída por el siniestro, segun le convenga. Si la reedifica, continuará el usufructuario en el goce del nuevo edificio; y en otro caso, éste percibirá los intereses del precio del seguro, ó sea de la indemnización satisfecha por el asegurador. Así lo ordena expresamente dicha disposición, la cual habrá de completarse con lo que para caso análogo se previene en el artículo siguiente 519. Según éste, el interés ha de ser el legal, y por todo el tiempo que deba durar el usufructo, y el propietario deberá afianzar el pago de los réditos, pues no sería justo que sin esta garantía pudiera disponer de un capital cuyos productos pertenecen al usufructuario.

Si el propietario destina el precío del seguro á la reedificación de la finca, deberá invertirlo en ella en su totalidad, haciendo un edificio de análogas condiciones al destruído, á fin de que no resulte perjudicado el usufructuario. Si con esta condición puede hacer las obras y mejoras que tenga por conveniente, segun el art. 503, claro es que con el mismo objeto podrá invertir en la reedificación cantidad mayor de la recibida por el precio del seguro; y como lo hace voluntariamente, no podrá exigir interés alguno del usufructuario por el goce del nuevo edificio, como ya se ha dicho en el comentario de dicho artículo. Pero si el propietario no invierte en la reedificación todo el precio del seguro, tendrá derecho el usufructuario á exigirle el interés legal de la parte que se hubiere reservado, en virtud del que le concede la ley justamente para percibir los intereses de todo el precio del seguro.

Cuando el propietario opte por la reconstrucción de la cosa asegurada, el usufructuario no podrá exigir intereses de un capital que no los produce, y su derecho estará limitado á volver al goce y usufructo de la finca tan pronto como esté terminada la obra, y á obligar al propietario á que no la demore, exigiéndole en otro caso los perjuicios que con la dilación injustificada le hubiere causado. Si el propietario, después de manifestar su propósito de reedificar, no lo llevase á efecto, podrá exigirle el usufructuario los intereses legales desde el día en que hubiere recibido el precio del seguro; pero si lleva á efecto la reedificación, la ley en tal caso no concede al usufructuario otro derecho que el de continuar en el goce del nuevo edificio.

Sucede con frecuencia en los incendios que la finca ó cosa asegurada sufre daños susceptibles de reparación, sin que se destruya ó inutilice en su totalidad. En tales casos deberá continuar el usufructo en la parte que reste de la finca, conforme á lo prevenido en el art. 514, y la cantidad que abone el asegurador por indemnización del daño sufrido, se destinará íntegra á reparar ese daño, puesto que con este objeto se hizo el seguro de común acuerdo, y la ley no autoriza al propietario para quedarse en dicho caso con el precio del seguro, abonando los intereses al usu-

fructuario, pues el párrafo 1.° del art. 518 sólo se refiere al caso de destrucción total del edificio.

Caso segundo. El propietario se niega á contribuir al seguro, y lo constituye por sí solo el usufructuario.—Cuando esto ocurra, que será raras veces, en caso de siniestro, el usufructuario tiene el derecho de percibir por entero el precio del seguro, derecho que nace del mismo contrato, por ser el asegurado; pero con la obligación de invertirlo en la reedificación de la finca. Así lo dispone el párrafo 2.° del artículo que estamos examinando. Algún comentarista considera injusta esta resolución, porque favorece con el regalo de la finca al propietario que se negó á concurrir al pago de la prima del seguro, y reconociendo la imposibilidad legal de que el edificio reedificado pertenezca al usufructuario, cree sería lo más justo adjudicarlo á los establecimientos de beneficencia, luego que se extinga el usufructo. Entendemos que el Código ha dado la solución más conforme á los principios del derecho. Si el usufructuario hizo por sí solo el seguro, lo verificó voluntariamente, porque así le convendría, y con el objeto de reparar los daños que, caso de siniestro, sufriera la finca asegurada: por consiguiente, la ley no le impone una obligación nueva, sino la misma que él contrajo al hacer el seguro. Y como la reedificación ha de hacerse sobre el mismo terreno y aprovechando los materiales que pertenecen al propietario, sólo á éste podía adjudicarse el nuevo edificio, conforme al principio consignado en el art. 358.

Hemos visto que la ley impone al usufructuario, en el caso de que se trata, la obligación de invertir el precio del seguro en la reedificación de la finca; pero es justo que deduzca el importe de lo que hubiere pagado por primas del seguro y para obtener el pago de la indemnización del siniestro, por ser gastos indispensables. Lo que reste habrá de invertirlo en la reedificación ó reparación de la finca, á lo que podrá obligarle el propietario, y si en ello invirtiese mayor cantidad de la percibida por indemnización del siniestro, deberá considerarse el exceso como gastado en reparaciones extraordinarias, cuyo abono corresponde al propietario, conforme á los artículos 501 y 502.

Podrá suceder, y es lo más racional, que el usufructuario, en vista de la negativa del propietario á contribuir al seguro del predio, se limite á asegurar los frutos ó cosechas, cuando esto pueda realizarse. En tal caso, como la cosa asegurada pertenece al usufructuario, á éste corresponderá íntegro el precio del seguro, caso de siniestro, en indemnización del daño que hubiere sufrido, sin obligación de invertir cantidad alguna en la reparación del que pueda haber sufrido el predio, porque éste no fué objeto del seguro, ni la ley le impone esa obligación para este caso.

Indicaremos, por último, que no bastará el hecho de haber pagado el usufructuario la prima del seguro para suponer que el propietario se negó á contribuir para ello: podrá ser una presunción, pero no una prueba, y sin la prueba de esa negativa no podrá aplicarse la disposición de que tratamos, sino la del caso primero. Para llenar ese requisito legal será necesario que el usufructuario ponga en conocimiento del propietario su propósito de asegurar la finca, requiriéndole para que contribuya al pago de la prima y exigiéndole contestación. Este requerimiento podrá hacerse judicialmente, ó por medio de notario, y también privadamente por escrito ó ante testigos, de modo que pueda justificarse si lo niega el requerido.

Caso tercero. El usufructurio se niega á contribuir al seguro, y lo constituye por sí solo el propietario.—En tal caso la ley niega á éste todo derecho á los beneficios del seguro, y declara que el propietario percibirá íntegro el precio ó la indemnización que abone el asegurador, si ocurre el siniestro, sin imponerle la obligación de reedificar; de suerte que queda á su libre disposición dicho precio, y sólo concede al usufructuario el derecho que le da el art. 517 para disfrutar del suelo y de los materiales, ó percibir el interés legal del valor de los mismos, que deberá abonarle el propietario, si éste quiere utilizarlos para construir otro edificio sobre el mismo suelo. Así lo dispone el párrafo 3.° del art. 518.

Esta disposición se refiere, según se deduce de su texto, al caso de la pérdida total de la cosa objeto del usufructo, cuya pérdida produce la extinción de éste, según el núm. 5.° del art. 513, y es,

por tanto, lógica la resolución. Pero puede ocurrir que sólo se pierda en parte la cosa, por haber sido de poca importancia el siniestro; creemos que en este caso deberá aplicarse el art. 514, según el cual continuará el usufructo en la parte restante, y el 502, relativo á reparaciones extraordinarias, teniendo el propietario y el usufructuario respectivamente los derechos que en él se conceden al que haga dichas reparaciones. A nuestro juicio, habría sido justo imponer al propietario, en este último caso, la obligación de invertir en reparar la finca el precio del seguro, si bien con el derecho de exigir al usufructuario, que no quiso contribuir al seguro, el interés legal de la cantidad invertida en la reparación.

La negativa del usufructuario deberá justificarse en la forma que hemos dicho respecto de la del propietario al examinar el caso segundo. Si no resulta esa negativa, regirá el párrafo 1.° del presente artículo, como si se hubiera hecho el seguro por cuenta de ambos, debiendo aquél abonar á éste la parte que le corresponda de las primas satisfechas, siempre que se aproveche de los beneficios del seguro.

Concluiremos indicando que la doctrina expuesta es aplicable solamente á los casos no previstos en el título constitutivo del usufructo, ya sea éste el legal, ya por contrato ó testamento, conforme á lo prevenido en el art. 470.

Concuerda el art. 518 con lo dispuesto en el 2246 del código de Portugal y en el 2936 del de la República Argentina.

ARTICULO 519

Si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, ó bien á subrrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, ó bien á abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos.

La expropiación por causa de utilidad pública no constituye tampoco una causa de extinción del usufructo, aunque mediante ella se pierda totalmente la cosa usufructuada. La ley, puesto que á la cosa expropiada sustituye un equivalente, permite la subrrogación del usufructo.

Corresponde al propietario elegir entre los dos medios que establece el art. 519. Si entrega otra cosa, no puede exigirse que sea en absoluto idéntica; basta que tenga el mismo valor y análogas condiciones, lo cual tampoco será siempre factible.

Para el caso de no poder ó no querer escoger este medio, debe el propietario abonar al usufructuario el interés *legal* del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo. Aquí habla expresamente la ley de intereses legales, y lleva su precaución hasta el punto de exigir al propietario que afiance el pago de los réditos, se entiende á satisfacción del usufructuario. Aunque este requisito no se exige en otros artículos que obligan también al propietario á abonar intereses, ni se expresa en ellos que éstos sean los legales, debemos deducir que lo que sobre estos dos extremos se ordena en el art. 519, es aplicable á los demás casos análogos, conforme á las reglas de recta interpretación de las leyes, y á los principios generales del derecho, establecidos en este mismo Código.

El art. 519 es aplicable también á los usufructos universales, respecto á la finca ó fincas expropiadas. Es más, aunque el usufructo esté constituído sobre una sola finca y la expropiación alcance únicamente á una parte de la misma, en sustitución de lo expropiado debe reconocerse al usufructuario el mismo derecho, establecido en este artículo, á percibir los intereses legales del importe de la indemnización, sin perjuicio de continuar en el usufructo de la parte restante de la finca.

Solamente el código de Portugal, art. 2248, establece un precepto análogo al de nuestro art. 519.

ARTÍCULO 520

El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero, si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose á pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asignare por su administración.

El mal uso de la cosa usufructuada no extingue el usufructo. Esta es la regla general, medie fianza ó no medie por no deber darla. El abuso ó mal uso de la cosa motivará la responsabilidad del usufructuario; y precisamente en prevención de ello exige la ley la prestación de fianza. El propietario, además, debe velar para que se efectúen las reparaciones necesarias, que deban ser de cuenta del usufructuario.

Como medida extraordinaria, priva el art. 520 al usufructuario de la tenencia y administración de las cosas objeto del usufructo, autorizando uno de los medios ya expresados en el art. 494: la administración por el propietario, entregando al usufructuario el producto líquido de los bienes, después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por administración, premio que se fijará por convenio, y en su defecto por la autoridad judicial, y que, naturalmente, es de cargo del usufructuario.

Mas para proceder á tan extraordinario remedio, que, como se ve, no extingue el usufructo, es preciso que el abuso infiera considerable perjuicio, no á la cosa, sino al *propietario*. Ahora bien: existiendo fianza y siendo ésta suficiente, casi nunca llegará el caso de aplicación de la segunda parte del art. 520, porque no puede decir el propietario que se le infiere considerable perjuicio. En cambio, si no hay fianza y el usufructuario carece de otros bienes, el perjuicio resultante del mal uso fácilmente puede estimarse considerable. A los Tribunales corresponderá apreciar estas cuestiones según las circunstancias de cada caso, si, como es de supo-

ner, el usufructuario no se allana á ser desposeído de los bienes y el propietario pretende que se le ha causado un perjuicio considerable.

Llegado el caso de sobrevenir el perjuicio, el usufructuario dispensado de dar fianza no puede librarse de que pase la administración de los bienes al propietario, aun ofreciendo afianzar, á menos de conformarse con ello el nudo propietario, que puede consentir, mas no tiene obligación de hacerlo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1893 aplica el art. 520, sin resolver cuestión alguna de importancia. Según ella, procede la entrega al propietario de la cosa usufructuada, cuando el mal proceder del usufructuario le infiriese considerable perjuicio, no siendo aplicable en dicho caso el artículo 517, que se refiere tan sólo al edificio que por cualquier accidente llegase á perecer.

Si el usufructuario hubiese enajenado su derecho de usufructo, como puede hacerlo según el art. 480, y el adquirente hiciera mal uso de la cosa, el propietario podrá ejercitar contra éste, como sucesor de aquél, las acciones y derechos que le concede el presente artículo.

Los códigos de Francia y Bélgica, art. 618, hacen cesar el usufructo por el mal uso de la cosa. En nuestro derecho, aun aceptando este modo de terminación, no cabría perjuicio para el acreedor hipotecario, según hicimos notar, con relación á la renuncia, al comentar el art. 480, fundándonos en el 107 de la ley Hipotecaria.

ARTÍCULO 521

El usufructo constituído en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere.

Al comentar el art. 469, hablamos, entre las formas de constitución del usufructo, del disfrute simultáneo y sucesivo. Ninguna duda cabe, puesto que el derecho de acrecer es aplicable á los usu-

fructuarios, segun el art. 987, sobre la no extinción del usufructo simultáneo, hasta la muerte de la última persona que sobreviva. Pero al hablar del disfrute sucesivo, tuvimos que referirnos á los arts. 640, 787 y 781, y allí quedó expuesta la legislación aplicable al caso.

Una de las limitaciones impuestas á las sustituciones fideicomisarias en el art. 781, y aplicables al usufructo por los 640 y 787, es que se constituya en favor de personas que vivan al tiempo del *fallecimiento del testador*, tiempo que no es ciertamente el de la constitución del usufructo, sino el de su principio, el del en que se abre ó se hace efectivo el derecho del primer usufructuario. Al referirse, pues, el art. 521 al usufructo constituído en provecho de varias personas vivas al tiempo de su *constitución*, parece referirse al usufructo simultáneo. Sin embargo, es indudable que se refiere también al sucesivo, puesto que en esta especie de usufructo el segundo usufructuario no entra en el disfrute, salvo expresión en contrario, hasta la muerte del primero, y es claro que al morir el último llamado, se extingue el usufructo, que es precisamente lo que ordena el presente artículo.

Hasta ahora sólo conocemos, como aplicable al caso de usufructo sucesivo, la sentencia de 8 de Mayo de 1894, que confirma nuestra opinión.

Concuerda el art. 521 con el 2250 del código de Portugal.

ARTÍCULO 522

Terminado el usufructo, se entregará al propietario la cosa usufructuada, salvo el derecho de retención que compete al usufructuario ó á sus herederos por los desembolsos de que deban ser reintegrados. Verificada la entrega, se cancelará la fianza ó hipoteca.

Entrega de la cosa.—El efecto natural de la terminación del usufructo es la entrega de los bienes al propietario, sea el mismo que existía al tiempo de la constitución, sea otro distinto por ha-

ber aquél fallecido ó enajenado su derecho. Pero, para que esa última obligación ó ese efecto natural se cumpla, necesario es que sea posible por estar los bienes en poder del usufructuario ó de sus herederos, ó del sub-usufructuario obligado á entregar, y no haber adquirido éstos la nuda propiedad. Así, que no procederá la devolución:

1.° Cuando por no haber prestado fianza el usufructuario, no se le entregaron los bienes (art. 494).

2.° Cuando hubiese pasado la administración al propietario por el mal uso de la cosa usufructuada (art. 520).

3.° En el caso de los arts. 509, 517, 518 y 519 si no hubo subrrogación del usufructo en cosas distintas de la vendida, destruída ó expropiada.

4.° Cuando se haya perdido totalmente la cosa. Recuérdese que en el caso del párrafo segundo del art. 499, se entregan al dueño los despojos del ganado.

5.° Cuando se haya consolidado el usufructo con la nuda propiedad en la persona del usufructuario.

En sustitución de la cosa se entregará su valor ó estimación en los casos en que proceda.

Derecho de retención.—Se *suspende* la entrega cuando procede el derecho de retención á favor del usufructuario ó sus herederos, hasta tanto que sean éstos debidamente reintegrados de los desembolsos que hubiesen tenido que hacer.

Procede este derecho por disposición expresa de la ley en el caso del art. 502, y en vista de la generalidad de expresión del art. 522, siempre que el usufructuario hubiere hecho desembolsos que sean de cuenta del propietario, como ocurre en los supuestos de la última parte del art. 505 y el primer párrafo del 510. Sobre la naturaleza y extensión del derecho de *retención*, nos referimos al comentario de los arts. 451 al 458.

Cancelación de la fianza.—Verificada la entrega (cuando proceda), se cancelará la fianza ó hipoteca, dice el art. 522, y es claro que esto no es por completo cierto, porque la fianza no responde sólo de la restitución de los bienes, y no deberá cancelarse hasta

que conste aprobada, digámoslo así, la gestión usufructuaria ó indemnizado debidamente el propietario de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado, en virtud del precepto del art. 497 y otras disposiciones especiales.

Cuando la fianza fuese hipotecaria, habrá de hacerse la cancelación en el Registro de la propiedad, presentando escritura ó documento auténtico en que exprese su consentimiento para la cancelación el dueño de los bienes usufructuados ó sus causahabientes ó representantes legítimos (art. 82 de la ley Hipotecaria). No es aplicable el Real decreto de 20 de Mayo de 1880, porque ni por declaración de la ley, ni de la misma escritura de hipoteca inscrita, puede resultar si existen ó no responsabilidades y fueron ó no solventadas.

Impuesto de derechos reales.—Al volver el usufructo al nudo propietario, debe éste satisfacer el impuesto de derechos reales por el derecho que adquiere, completando así con lo que debió pagar anteriormente el tipo fijado en la tarifa para la adquisición del dominio, si se trata de usufructos constituídos á título hereditario por voluntad del testador ó por ministerio de la ley, y con arreglo al art. 67 del Reglamento del impuesto, transcrito en el comentario del art. 491. Si el usufructo se constituyó por acto entre vivos, á pesar de tratarse de un derecho real y exigir para la extinción de estos derechos el pago del 3 por 100 el art. 7.° de dicho Reglamento, ha de aplicarse el núm. 2.° del art. 28, según el cual contribuirán con el 0,10 por 100 del valor de los bienes ó derechos, entre otros actos, el de extinción legal de las servidumbres *personales*, entendiéndose por extinción legal de éstas la reunión de las mismas en la propiedad. No deja de ser curioso que en una disposición posterior al Código civil, el mismo legislador hable aún de servidumbres personales; pero tenemos por indudable que quiso referirse al usufructo, el uso y la habitación.

Es otro efecto de la extinción del usufructo *la resolución* de los contratos celebrados por el usufructuario en la forma que expusimos al comentar el art. 480, con la limitación que en el caso de renuncia ó terminación del usufructo por la sola voluntad del

usufructuario, se consigna en el núm. 2.° del art. 107 de la ley Hipotecaria.

Relación entre los arts. 520 y 522.—El art. 522 consagra á favor del usufructuario ó de sus herederos, el derecho de retención por los desembolsos de que deben ser reintegrados. Es claro que este derecho no procede en casos como el del art. 494, puesto que la cosa que ha de usufructuarse no llega á pasar á la posesión del usufructuario. Pero el art. 520 confiere al dueño la facultad de administrar por sí mismo los bienes, cuando por el mal uso que de ellos hiciese dicho usufructuario se infiriese á aquél considerable perjuicio. No parece ciertamente propio que el usufructuario descuidado que abusa de la cosa, y da lugar á la expresada medida, sea el mismo que haya practicado reparaciones extraordinarias que son de cuenta del propietario, pagado contribuciones impuestas directamente sobre el capital, ó anticipado sumas para el pago de las deudas hereditarias que correspondan á los bienes usufructuados. Bajo esta base, los supuestos en que respectivamente descansan los arts. 520 y 522 son enteramente contrarios. Mas, á pesar de todo, es posible que el usufructuario que había adquirido el derecho de retener la cosa á la terminación del usufructo para reintegrarse de los desembolsos hechos, dé lugar por su mala administración al recurso extremo de ser privado de ella, en virtud del artículo 520. Se crea entonces una situación anormal, porque, según los arts. 502, 505, 510 y 522, el usufructuario sólo puede reintegrarse y para ello retener la cosa, al terminarse el usufructo, y ni puede demorar la entrega en el caso del art. 520 porque el usufructo aun no ha terminado, ni cabe *retener* una cosa que no se tiene en el momento en que procedería la retención. Como el precepto del art. 520 tiende á procurar la conservación de los bienes mediante una buena administración, no debe detenerse bajo ningún pretexto su cumplimiento. Creemos, pues, que, sin perjuicio de aplicarse por analogía el art. 488 á la terminación del usufructo, compensando los desperfectos que hayan sufrido los bienes con el importe de las sumas que deba abonar el propietario por desembolsos hechos en su nombre y de su cuenta, si por este medio no

llega á reintegrarse el usufructuario ó sus herederos, éstos tienen derecho á exigir que se les entreguen los bienes para conseguir el mismo fin á que tiende el derecho de retención, ó sea el reintegro completo con los productos, si las sumas debidas no se satisfacen, y hasta tanto que les sean satisfechas.

Códigos extranjeros.—El art. 2251 del código de Portugal es igual al 522 de nuestro Código en su primera parte; pero omite las últimas palabras relativas á la cancelación de la fianza ó hipoteca.

Después de dicho artículo se añaden en el expresado código los dos siguientes, cuya doctrina no vemos inconveniente en admitir también en nuestro derecho.

«Art. 2252. Si el usufructuario vendiese los frutos antes de madurar, y falleciese antes de que sean cogidos, subsistirá la venta, pero el precio pertenecerá al propietario, deducidos los gastos hechos para su producción; y si la recolección estuviera en parte hecha y en parte por hacer, el precio total se dividirá entre el propietario y los herederos del usufructuario en proporción á la parte cogida y á la que faltase por coger.

»Art. 2253. El usufructuario responderá de los frutos que con dolo hubiera cogido prematuramente; pero si de este modo hubiera cogido una parte, y dejare otra parte sin coger y en estado de madurez, habrá mutua compensación, atendiendo á los respectivos valores.

Los códigos de Francia, Bélgica é Italia no contienen el precepto del art. 522, que tampoco se hallan en la generalidad de los códigos de América, aun cuando puede deducirse de los artículos 1380 del de Guatemala, 1034 de los de Méjico y Campeche, 933 del de California y 757 del de Veracruz.

CAPÍTULO II

Del uso y de la habitación.

El uso y la habitación son dos derechos reales parecidos al usufructo. Ya consignamos en su lugar, como carácter esencial del usufructo, el de consistir en el goce ó disfrute temporal de bienes ajenos; y, aunque limitado, goce ó disfrute temporal de bienes ajenos son también el uso y la habitación.

Nuestro Código considera el usufructo, el uso y la habitación como tres derechos reales similares, dignos de figurar en el mismo título; pero separados é independientes, y por tanto, objeto de capítulos distintos.

En cuanto al uso y á la habitación, ha hecho bien el legislador en estudiarlos unidos. La habitación no es más que el mismo uso aplicado á una casa. Veamos las disposiciones que regulan estos derechos.

ARTICULO 523

Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes.

Viene á ser este artículo la repetición del 470, pero repetición necesaria, por referirse aquél solamente al usufructo. Los derechos ó facultades y las obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación, lo mismo que las del usufructuario, han de regularse por el título constitutivo de estos derechos, ya sea testamento, ya contrato. El testador, al legar á una persona el uso de alguna cosa ó la habitación de una casa, puede imponerle las condiciones y cargas que estime convenientes, siempre que no excedan del valor del legado. Puede, pues, limitar el uso á una por-

ción determinada de los frutos, y la habitación á una parte de la casa, aunque no basten para cubrir las necesidades del legatario y de su familia: puede imponer condiciones que modifiquen lo que se ordena en los artículos 524 al 528, siempre que no afecten á la esencia del uso ó habitación, porque entonces se constituiría un derecho distinto, aunque se le diera aquel nombre. Y lo mismo puede hacerse cuando el título constitutivo sea un contrato, conforme al art. 1255. Sólo en el caso de que nada se hubiere determinado en el título constitutivo, ó de ser éste insuficiente, los derechos y obligaciones de que se trata se regularán por las disposiciones del presente capítulo. Así lo ordena el artículo de este comentario.

Concuerda este art. 523 con el 2255 del código de Portugal, 628 y 629 de los de Francia y Bélgica, 2952 del de la República Argentina, 814 del de Chile, 1035 del de Méjico, 506 del de Uruguay, etc. En el código de Italia no existe artículo concordante.

ARTÍCULO 524

El uso da derecho á percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten á las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente.

La habitación da á quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.

La legislación anterior, en lo relativo á los derechos de uso y habitación, estaba comprendida en las leyes siguientes:

Ley 20, tít. 31, Partida 3.ª—Trata esta ley de las servidumbres de usufructo y de uso, que el hombre puede tener en las cosas ajenas, y después de ordenar lo relativo al usufructo, dice: «La segunda manera es quando un ome otorga tan solamente en su casa, ó en su heredad, ó en otras sus cosas el vso. E de tal otorgamiento como este, non se puede aprouechar dél tan lleneramente aquel á quien es fecho, como del vsofruto. Porque éste que há el

uso tan solamente, non puede esquilmar la cosa si non en lo que ouiere menester ende para su despensa; assi como si le otorgan vso en alguna huerta, que deue tomar de la fruta ó de la hortaliza lo que ouiere menester para comer él é su compaña, mas non para dar ende á otri, nin para vender. Esso mismo dezimos que sería si vn ome otorgasse á otro vso en su prado, ó en su viña, ó en otra su cosa. Otrosí dezimos que non puede ome enajenar nin empeñar la cosa en que ha el vso. E aun dezimos que deue dar buenos fiadores, que vsará de la cosa á buena fe, assi como buen ome, non faziendo daño en ella, porque se empeorasse ó se perdiesse por su culpa.»

Ley 21 del mismo título y Partida.—«Vso tan solamente auiendo algund ome en casa ajena, bien puede y morar él, é su mujer, é sus fijos, é su compaña, é puede y aun recebir huéspedes si quisiere. E si por auentura otorgasse vn ome á otro vso en sus sieruos ó en sus bestias, puede el mismo vsar dellas para sus lauores, ó para otro servicio tan solamente; mas non puede logar nin emprestar á otro los sieruos nin las bestias. Otrosí dezimos, que si vn ome otorgasse á otro vso en sus ganados, que aquel á quien es otorgado, que puede traer aquellos ganados por sus heredades, porque se engruesse la tierra del estiércol que sale dellos, para dar mejor fruto; é puede tomar de la leche, é del queso, é de la lana, é de los cabritos, lo que ouiere menester para despensa de sí, é de su compaña; mas non deue tomar ende para dar, nin para vender á otri ninguna cosa.»

Ley 27 del mismo título y Partida.—«*Habitatio* en latín tanto quiere dezir, como morada en romance, é há lugar tan solamente en las casas é en los edifizios. E dezimos, que si algund ome otorga á otro morada en alguna su casa, ó gela dexa en su testamento, si á la sazón que ésto faze, non dixesse señaladamente fasta quanto tiempo deue durar, que se entiende para en toda su vida de aquel á quien la otorga, ó la dexa en su manda. E deue vsar della á buena fe, guardándola, é non la empeorando, nin confundiendo por su culpa. Otrosí deue dar buenos fiadores, que tornará la casa á su dueño, ó á sus herederos despues de su muerte, ó del otro plazo

que fuere puesto entre ellos. E puede morar en ella éste á quien otorgaron la morada, con la compaña que tuuiere. E aun si la quisiere arrendar, ó alogar, puédelo fazer; pero á omes, ó á mugeres, que fagan y buena vezindad. E non puede ome perder el derecho que ha ganado en tal morada, fueras ende tan solamente por su muerte, ó quitándola sin premia en su vida.»

Aunque estas leyes han sido derogadas por el Código civil, hemos creído conveniente insertarlas, porque con el método casuístico de las Partidas, determinan la racional extensión que, según los casos, ha de darse á los derechos de uso y de habitación. Además, como reglas de sana crítica, apoyadas en el espíritu y recto sentido de la ley actual, que sobre este punto no ha introducido novedad alguna en nuestro derecho antiguo, fuera de la que se indicará en el comentario siguiente, podrán servir para resolver las dudas que acaso ocurran en la aplicación del presente artículo.

Raro será el caso en que en el título constitutivo del uso ó habitación, que podrá ser cualquiera de los expresados para el usufructo en el art. 468, y especialmente en el testamento y en el contrato, no se determine con claridad la extensión que haya de darse á esos derechos, teniendo en consideración la naturaleza de la cosa y las necesidades y circunstancias de la persona. Y como para lo que no esté previsto en el título constitutivo, al que es preciso atenerse en primer término, según el art. 523, han de aplicarse, según el 528, las disposiciones establecidas para el usufructo, en cuanto no se opongan á las especiales de los arts. 524 á 527, será fácil resolver cualquiera cuestión que pueda suscitarse. Sin embargo, explicaremos algunas palabras del presente artículo que, en opinión de algún comentarista, se prestan á duda.

Declara en su primer párrafo el art. 524, que «el uso da derecho á percibir, *de los frutos de la cosa ajena*, los que basten á las necesidades del usuario y de su familia». Luego es condición esencial del uso, como lo ha sido siempre, que el usuario no perciba todos los frutos de la cosa ajena, sino solamente los que basten para sus necesidades. Si tuviese derecho á todos los frutos, no sería *uso*, sino usufructo, y se regiría por las disposiciones que á éste

se refieren. Y lo mismo ha de entenderse respecto de la *habitación*: este derecho se convertiría en usufructo si se extendiera á ocupar toda la casa.

¿A qué *frutos* se refiere dicha disposición? Sin duda alguna á los naturales, industriales y civiles, como está prevenido para el usufructo en el art. 471, cuya disposición es aplicable á los derechos de uso y habitación, según el 528. Así se deduce también de la generalidad *frutos*: si la ley hubiese querido limitarlos á alguna de dichas clases, lo habría dicho expresamente.

¿Se deduce de dicha disposición que sólo puede tenerse el derecho de uso sobre la cosa ajena que produzca *frutos*? Sin vacilar contestamos negativamente. Según el sentido recto y natural de la palabra, puede ser objeto de uso todo lo que puede prestarnos alguna utilidad ó servicio, sea mueble ó inmueble, y así se ha entendido siempre, y se deduce del ejemplo de las *bestias*, que pone la ley de Partida citada al principio. Las bestias, por regla general, no producen frutos; podrán producirlos civiles, alquilándolas, lo que no puede hacer el simple usuario; pero puede utilizarlas para sus labores, ó para otro servicio que le sea necesario. Y lo mismo decimos de un carruaje ó de otro mueble cualquiera. Si el legislador hubiera tenido el propósito de modificar en este punto nuestro antiguo derecho, lo habría declarado expresamente. Por estas consideraciones creemos que se ha empleado en este artículo la palabra *frutos* en el concepto ó acepción de *utilidad y provecho*, que le da también el Diccionario de la Academia.

¿Qué deberá entenderse por *familia* para los efectos del uso y de la habitación? Como esa palabra tiene varias acepciones, preciso es determinar la que sea aplicable al caso. Algunos códigos extranjeros designan expresamente las personas en ella comprendidas. La familia, según el art. 523 del código de Italia, comprende la mujer y los hijos, aun los nacidos después de haber empezado el derecho de uso ó habitación, aun cuando al tiempo de la constitución no fuese casada la persona que disfruta esos derechos. También el art. 630 del código francés se refiere á los hijos. Pero los códigos de Guatemala y Chile, arts. 815 y 1381, consideran como

familia, no solamente á la mujer y los hijos, sino también á los criados ó sirvientes necesarios, y el de la República Argentina, artículo 2953, comprende á todos los que viven con el usuario ó el que tiene el derecho de habitación, y aun á las personas á quienes éstos deban alimentos. Se observa en los últimos códigos citados la misma tendencia que en las Partidas.

Los autores de nuestro Código, al sancionar lo que ya estaba establecido sobre este punto, creyeron sin duda que empleando la palabra *familia* se expresaba con claridad el concepto, sin necesidad de más explicaciones. Y así es, en efecto. En el lenguaje común y en el forense se entiende por *familia*, en la acepción que aquí le corresponde, «la gente que vive en una casa bajo el mando del señor de ella», como dice el último Diccionario de la Academia; ó sea, todas las personas que viven en una casa á las órdenes y expensas del que hace de jefe ó cabeza, ó *en su compaña*, como dicen las leyes de Partida antes citadas. En tal concepto, no puede haber duda de que constituyen la familia del usuario, ó del que tiene el derecho de habitación, para los efectos de que se trata, todas las personas, sean ó no parientes, que vivan en su compañía y á sus expensas, inclusos los criados domésticos, y el alimentista á quien reciba y mantenga en su propia casa, conforme al art. 149. Todas estas personas constituyen la familia, y por consiguiente todas participarán de los beneficios del uso ó de la habitación á que tenga derecho el jefe ó cabeza de la misma, mientras á ella pertenezcan.

Esa familia puede aumentar ó disminuir, en cuanto al número de personas, después de constituído y de haber comenzado el uso, sin que por esto sufra alteración el derecho del usuario, limitado en todo caso á percibir de los frutos de la cosa ajena los que necesite para su consumo y el de su familia, *aunque ésta se aumente,* como dice el primer párrafo del artículo que estamos comentando. Y lo mismo deberá entenderse respecto de la habitación. El aumento ó disminución que por dicha causa pueda haber en el consumo de frutos y en las demás utilidades del uso ó de la habitación, será en perjuicio ó en beneficio del propietario: el usuario no

puede percibir más de lo que necesite para él y las personas que vivan en su compañía, sin poder dar participación alguna al individuo que se hubiere separado de ella, cualquiera que sea el motivo.

¿A quién corresponde la posesión ó tenencia material de la cosa que sea objeto del uso ó de la habitación? En la habitación no puede haber duda: como ese derecho consiste, según la ley, en «la facultad de *ocupar* (el que tiene el derecho) en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia», y como esta ocupación es constante mientras dure el derecho, claro es que al que lo tenga corresponde la tenencia de las habitaciones que ocupe, perteneciendo al propietario la del resto del edificio. En tal caso, aquél estará obligado respecto de éste á cumplir lo que ordena para el usufructuario el art. 511, y á prestar la fianza que previene el 491, salvo pacto ó disposición en contrario.

Respecto del uso, habrá que distinguir. Si se tiene este derecho sobre una huerta, un campo ó cualquiera otra cosa que produzca frutos, como el derecho del usuario está limitado á percibir de ellos los que necesite para sí y su familia, ningún derecho tiene á la tenencia de la cosa, sino á los frutos. Por consiguiente, la posesión natural y civil, y también el cultivo por sí ó por otra persona, corresponden al propietario, con la obligación ó carga de dar al usuario la parte de frutos á que tenga derecho. Pero si el uso es de cosas muebles ó semovientes que no den frutos, como no es posible que el usuario se sirva de ellas sin tenerlas en su poder, le corresponderá, como es de sentido común, la tenencia material de la cosa mientras se sirva de ella, debiendo devolverla sin dilación al propietario, á quien pertenece la posesión natural y civil y en cuyo poder debe hallarse mientras aquél no la necesite para hacer uso de su derecho. Esto en el caso de que el uso no deba ser contínuo: si lo fuese, se convertiría en usufructo de aquella cosa, y estaría sujeto á las prescripciones para éste establecidas. En todo caso el usuario deberá prestar la fianza que previene el art. 491, si la exige el propietario, y no está relevado de ella.

Respecto del uso de ganados, véase el art. 526; y el 527 en

cuanto al pago de los gastos de cultivo, conservación y contribuciones.

Concluiremos recordando que, conforme á la naturaleza del uso y á las prescripciones legales que á él se refieren, el usuario, como dice Laurent, no tiene derecho á los frutos que no consume; no es un acreedor de alimentos. El fin del uso no es dar al usuario todo lo necesario para vivir: tiene un derecho real, limitado á los frutos precisos para su consumo y el de su familia. Por consiguiente, no puede regalar ni ceder esos frutos, y tampoco venderlos, aunque sea para cubrir otras necesidades del mismo usuario: los sobrantes de los que hubiere recibido, pertenecen al propietario, á quien deberá devolverlos. Es también de sentido común, que la percepción de los frutos se acomode á las condiciones de éstos: las frutas, hortalizas, etc., cuando estén sazonadas, percibiendo lo que necesite para su consumo diario: el trigo y los demás frutos que pueden conservarse, los recibirá en la época de su recolección y en la cantidad necesaria para el consumo del año. Pero esto, y lo expuesto anteriormente, ha de entenderse para el caso de que no resulte otra cosa del título constitutivo del uso, pues entonces debe regirse por lo pactado ó por lo ordenado por el testador, como ya se ha dicho.

Los códigos extranjeros separan también los derechos de uso y habitación del de usufructo, y su concepto es en todos idéntico en el fondo, aunque las palabras que se emplean puedan estimarse más ó menos propias comparadas con el nuestro. Los artículos concordantes con el 524 son los 2254 y 2257 del Código de Portugal; 630, 632 y 633 de los de Francia y Bélgica; 521 al 524 del de Italia; 2953 y 2963 del de la República Argentina; 811 y 815 del de Chile; 1381 y 1390 del de Guatemala; 1037 y 1038 del de Méjico, etc.

ARTÍCULO 525

Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar á otro por ninguna clase de título.

La ley 20, título 31, Partida 3.ª, prohibía al usuario la enajenación y empeño de la cosa en que tuviere el uso. Según la ley 27 del mismo título, el que disfrutaba el derecho de habitación, podía alogar ó arrendar la morada á omes ó á mujeres que fagan y buena vezindad. El presente artículo 525 modifica en este punto la segunda de dichas leyes, á la vez que sanciona la doctrina de la primera. Según él, «los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar á otro por ninguna clase de título». Este precepto da á dichos derechos un carácter personalísimo que se conforma con las definiciones del art. 524, y con la naturaleza y fin de esos derechos. La prohibición es tan absoluta, que no da lugar á dudas ni distingos de ninguna clase; pero debiendo entenderse sin perjuicio de lo que resulte del título constitutivo del derecho, conforme á lo prevenido en el art. 523.

De conformidad con este art. 525, el 108 de la ley Hipotecaria, núm. 8.º, prohibe hipotecar los derechos de uso y de habitación, prohibición que sostiene en el mismo número y artículo la ley del Registro de la propiedad para las provincias de Ultramar. Estas disposiciones se refieren al usuario y al que tiene el derecho de habitación: no al propietario, el cual podrá hipotecar, enajenar y arrendar la finca de su propiedad, gravada con el uso ó la habitación, si bien respetando ese gravamen constituído á favor de un tercero.

Están conformes con nuestro art. 525, los 631 y 634 de los códigos de Francia y Bélgica, el 528 del de Italia, 2258 del de Portugal, 870 y 874 del de Holanda, 1383 del de Guatemala, 1039 de los de Méjico y Campeche, 819 del de Chile y 762 del de Veracruz.

El código de la República Argentina permite la enajenación del derecho de uso, cuando se constituyó por título oneroso; también puede el usuario de una casa alquilarla. Pero el que tiene el derecho de habitación, sólo puede servirse de la casa para habitar él ó su familia.

El código de Méjico autoriza el aprovechamiento de todas las piezas de una casa destinadas á habitación, y permite recibir en compañía del habitador otras personas, aunque no pertenezcan á su familia.

ARTÍCULO 526

El que tuviere el uso de un rebaño ó piara de ganado, podrá aprovecharse de las crias, leche y lana, en cuanto baste para su consumo y el de su familia, así como también del estiércol necesario para el abono de las tierras que cultive.

Este artículo viene á aplicar el 524 al caso especial de uso de un rebaño ó piara de ganado. Se sanciona por él la doctrina de la ley 21, tít. 31 de la Partida 3.ª Ordenaba esta ley, que aquel á quien se otorga el uso de algún ganado, «puede traer aquellos ganados por sus heredades, porque se engruesse la tierra del estiércol que sale dellos para dar mejor fruto; é puede tomar de la leche, é del queso, é de la lana, é de los cabritos lo que ouiere menester para despensa de si é de su compaña; mas non deue tomar ende para dar, nin para vender á otri ninguna cosa». Sustancialmente es lo mismo que establece el presente artículo, pero con alguna modificación. En él no se hace mención del queso, en consideración, sin duda, á que se emplea la industria y el trabajo del hombre para convertir la leche en queso, y no es, por tanto, producto natural del ganado. Y en cuanto al estiércol, se permite ahora al usuario, que del que se produzca y recoja en la majada ó lugar donde se albergue el ganado, pueda aprovecharse del necesario para el abono de las tierras que cultive por sí mismo ó por su cuenta, sin que esto se oponga al otro medio que expresó la ley de Partída, de llevar el ganado por las heredades del usuario para beneficiar la tierra, beneficio que queda demasiado compensado en tal caso con el pasto que se come el ganado.

Este artículo, lo mismo que la ley de Partida, habla de ganado que produzca crías, leche y lana, de que pueda aprovecharse el usuario para su consumo y el de su familia. Parece, pues, referirse á los ganados lanar, cabrío, vacuno y de cerda, que son los que naturalmente dan esos frutos. Si no los produce el ganado á que se refiera el uso, ó es estéril, claro es que el usuario sólo podrá utili-

zarlo para los trabajos ó labores que permitan las condiciones de los animales, además de aprovecharse del estiércol. En tales casos, lo racional será que en el pacto ó testamento en que se constituya el uso, se determine la forma de utilizarlo. No puede aplicarse á este caso el párrafo último del art. 499, porque el usuario no debe tener en su poder el ganado, ni puede emplear el medio que permite el 482 para el usufructo de cosas fungibles.

Si el ganado no da las crías y la leche necesarias para el consumo ordinario del usuario y de su familia, el propietario sólo estará obligado á darle lo que produzca, que es lo único á que aquél tiene derecho. Y lo mismo sucederá si pereciere el ganado, en todo ó en parte, sin culpa del propietario, á quien corresponde su tenencia y conservación.

Indicaremos, por último, que nos parece justo y conforme al principio en que está inspirado el párrafo 1.º del art. 499, que de las crías del ganado se reserve, en todo caso, el propietario, las que sean necesarias para reemplazar las cabezas que mueran ordinariamente ó por rapacidad de animales dañinos. Esto es en beneficio de ambos: el propietario no tiene la obligación de reponer las cabezas que falten sin culpa suya, y si perece ó disminuye el rebaño, el usuario tendrá que sufrir las consecuencias. Los despojos de las reses que mueran pertenecerán al propietario, conforme al art. 499 antes citado.

Todo lo expuesto ha de entenderse sin perjuicio de lo pactado ó de lo ordenado por el testador en el título constitutivo del uso (art. 523).

ARTÍCULO 527

Si el usuario consumiere todos los frutos de la cosa ajena, ó el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado á los gastos de cultivo, á los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario.

Si sólo percibiera parte de los frutos ó habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que

quede al propietario una parte de frutos ó aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá aquél lo que falte.

Este artículo modifica realmente lo que sobre el usufructo disponen los arts. 500, 501 y 504, como era procedente dada la índole de uno y otro derecho.

Como los frutos que tiene derecho á percibir el usuario son solamente los que necesita, si de ellos tuviese que pagar gastos de cultivo, reparos ordinarios y contribuciones, percibiría menos de lo necesario. De aquí la regla general del art. 527: el usuario, ó el que disfruta el derecho de habitación, no tienen obligación de contribuir con nada para dichos gastos.

Pero el usuario puede necesitar todos los frutos, ó el que tiene el derecho de habitación ocupar toda la casa, y entonces resultaría injusto que él disfrutase de todo, y el propietario, sin percibir utilidad alguna, tal vez sin otros bienes, pagase todos los gastos. En este caso la carga va con el beneficio y son aplicables al usuario ó al que ejerce el derecho de habitación los arts. 500, 501 y 504, y por tanto, deberá costear desde luego los gastos de cultivo, sostenimiento del ganado, etc., y además las reparaciones ordinarias, y pagar las cargas y contribuciones anuales y las que se consideren gravámenes de los frutos, dando aviso al propietario cuando fuese urgente la necesidad de hacer reparaciones extraordinarias.

Entre estas dos reglas extremas cabe una intermedia, que no olvida consignar el art. 527. El propietario percibe alguna utilidad, pero no suficiente para el pago de los gastos expresados: en tal caso, todo lo que perciba se aplicará á cubrir dichas obligaciones, y lo que falte queda á cargo del que ejerce el derecho de habitación ó del usuario. Por consiguiente, los gastos siempre salen de la utilidad de los mismos bienes, pero respetando, en cuanto es posible, los derechos de uso y de habitación.

Los derechos concedidos al usufructuario en los arts. 476 y 485, últimos párrafos, para la extracción de cal, yeso ó piedras ó

para la corta de árboles, corresponderán al usuario sólo en el caso de hallarse obligado á costear, en todo ó en parte, reparaciones ordinarias.

Concuerdan con nuestro art. 527, los 2259 y 2260 del código de Portugal, 527 del de Italia, 2957 y 2967 del de la República Argentina, 818 del de Chile, 1392 y 1393 del de Guatemala, 1041 y 1042 del de Méjico y otros. El art. 635 de los códigos de Francia y Bélgica obliga al usuario de parte de los frutos de una cosa, y al que habite parte de una casa, á contribuir á los gastos, reparaciones y contribuciones en proporción al disfrute de que gocen.

ARTÍCULO 528

Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables á los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan á lo ordenado en el presente capítulo.

Para saber, en vista de este artículo, cuáles disposiciones de las que rigen para el usufructo son aplicables á los derechos de uso y habitación, es necesario examinar si se oponen ó no á los preceptos de los arts. 524, 525 y 527. Haremos una breve reseña comparativa.

El art. 468 no es por completo aplicable al uso y á la habitación. La fuente principal de estos derechos es la voluntad (donación, contrato, testamento). Uso y habitación constituídos por la ley no existe ninguno, por lo cual, el art. 468 en esa parte, el 492 en sus dos últimas excepciones, y el 477, cuyas disposiciones se refieren á usufructos legales, carecen de aplicación.

Los derechos que examinamos se constituyen también por prescripcion. Expresamente lo especifica el art. 1382 del código de Guatemala, y con toda claridad resulta, por ser el uso y la habitación derechos reales, de los arts. 609 y 1930, y por serle aplicables las disposiciones del usufructo, de los arts. 528 y 468.

Y si legalmente es indiscutible la constitución del uso por pres-

cripción, prácticamente también se observa su posibilidad, aunque otra cosa afirmen varios comentaristas. La falta de modo de adquirir en el constituyente de un derecho, es la fuente más importante de la adquisición de este derecho por prescripción, y así, siempre que la persona que constituya el uso no sea el verdadero dueño de los bienes, no se adquirirá ese derecho inmediatamente, pero se adquiere la posesión del uso, y se hace posible la prescripción, sin que á ello estorbe en nada la dificultad de fijar taxativamente la extensión del derecho, porque tan marcada queda esa extensión al constituirse el uso ó la habitación por el verdadero dueño de los bienes, como cuando se constituye por el dueño aparente ó poseedor. A., por ejemplo, lega á B. el derecho de habitación sobre una casa que enajena después de hecho el testamento, en favor de C. El legado queda sin efecto, en virtud del núm. 2.º del art. 869; pero si muerto A. é ignorando B. la enajenación, habita la casa en ausencia de C. durante diez años, adquirirá el derecho de habitación por prescripción ordinaria, como el heredero á quien se adjudicase la casa, adquirirá á su vez ó por el término extraordinario la propiedad. Pueden multiplicarse los ejemplos.

Según el art. 469, el uso y la habitación pueden constituirse desde ó hasta cierto día, puramente ó bajo condición. También pueden establecerse á favor de varios sucesivamente con las limitaciones marcadas en el art. 781. Pero en lo demás del art. 469, su aplicación al uso y la habitación no es tan sencilla.

Estos derechos tienen su medida ó extensión determinada por el art. 524: las necesidades de los que disfrutan esos derechos y las de su familia; así es, que se constituirá sobre el todo ó una parte de los frutos, según la extensión de las necesidades, pero siempre con arreglo á ellas.

Cabe el uso ó la habitación á favor de varios simultáneamente, sobre todo si los bienes ó las casas producen con exceso frutos ó tienen habitaciones de sobra para cubrir las necesidades de todos; pero no ocurriendo esto, el aumento desigual de dichas necesidades puede ser un obstáculo al disfrute simultáneo. Sin embargo, al constituir el uso ó la habitación ya se tendrá esto en cuenta, ó

se determinará un límite para las necesidades de cada cual, ó se prohibirá el aumento posterior en la cantidad de frutos percibibles.

Por último, si, como opinan la generalidad de los comentaristas, sólo pudiera percibir el usuario frutos naturales ó industriales, no podría el uso constituírse sobre un derecho. Y sin embargo, no encontramos absurdo un uso que se constituyera, por ejemplo, sobre el dominio directo, ni vemos inconveniente en que el usuario perciba frutos civiles, como ya se ha dicho, y lo establece para el usufructo el art. 471. En cuanto á la habitación, no cabe duda que sólo sobre una casa puede constituirse.

El art. 470 es esencialmente idéntico al 523.

El 471 queda subordinado al 524, considerándose al usuario y al que ejerza el derecho de habitación como extraños respecto á los tesoros que se hallaren en la finca.

De los frutos naturales é industriales pendientes al empezar el uso podrá aprovecharse el usuario; los pendientes al terminar son del propietario, sin que éste por regla general haya de abonar á aquél gastos de cultivo, simientes y otros semejantes fuera del caso en que hayan sido costeados por el usuario y en la proporción que corresponda, subordinando así lo dispuesto en el art. 472 á lo prevenido en el 527. Los derechos adquiridos por un tercero al empezar el uso ó la habitación han de respetarse.

Al art. 473 se opone el 525.

La aplicación de los arts. 474 y 475 al uso depende de la extensión que se dé á la frase *frutos* del 524, pues si se estima uso el derecho de percibir de los frutos aun civiles de una cosa los que basten á las necesidadas del usuario y su familia, como es nuestra opinión, consignada en el comentario de dicho art. 524, no es dudosa su aplicación; mas si los frutos han de ser industriales ó naturales, claro es que no pueden aplicarse.

No se extiende el uso á las minas existentes en las fincas. Cabe el derecho de extracción de cal, piedra, ó yeso, en casos determinados, como hemos indicado al comentar el art. 527, y respecto al art. 478, consagra, según hicimos notar, un derecho indiscutible.

Si el usuario percibe cuanto necesita, el aumento posterior por accesión corresponderá sólo al propietario, pues en otro caso sería un verdadero usufructuario y tomaría más de lo preciso. Como, por otra parte, el uso no puede transmitirse, según el art. 525, no son aplicables los arts. 479 y 480.

Si el uso fuere de cosas muebles ó fungibles determinadas, tendrán aplicación los artículos 481 y 482, pues tal uso es realmente el usufructo de la cosa á que se refiera.

En los casos excepcionales en que el usuario tenga la posesión ó tenencia de la cosa que sea objeto del uso ó de la habitación, serán aplicables los artículos 483 al 485 y 487 al 490. También lo será en su caso el 486.

Pasemos á las obligaciones del usufructuario y su relación con el uso y la habitación.

Las leyes 20 y 27 del tít. 31 de la Partida 3.ª, transcritas en el comentario del art. 524, exigían fianza lo mismo al usuario que al habitador.

El art. 2256 del código de Portugal dice que el usuario ó morador se hallan obligados á hacer inventario y prestar caución en la misma forma que el usufructuario. Expresamente consigna las mismas obligaciones el código de Italia, si bien faculta á la autoridad judicial para la dispensa de la fianza, según las circunstancias de cada caso. Entre los artículos que el código de Méjico cita de un modo expreso, como dictados para el usufructo y aplicables al uso y la habitación, se halla el 993, que es el que se ocupa de la fianza é inventario. Por último, si no de un modo tan concreto, la mayoría de los códigos conceptúan aplicables á los derechos que examinamos las disposiciones referentes al usufructo, y como, en verdad, existe la misma razón para exigir esas obligaciones previas, no cabe duda de que procede la formación de inventario y la prestación de fianza.

En virtud del art. 528, la deducción es igualmente cierta en lo que á nuestra legislación se refiere. Las obligaciones de inventario y fianza consignadas en el art. 491 son extensivas, por regla general, al usuario y al que disfruta el derecho de habitación,

como ya se ha dicho, si bien, con arreglo al 493, podrán ser dispensados de ambas ó de alguna de ellas cuando no resulte perjuicio para nadie, caso más frecuente en estos derechos que en el usufructo.

No estarán obligados á prestar fianza, en virtud del art. 492, el vendedor ó donante que se hubiese reservado el uso ó la habitación en los bienes vendidos ó donados. No existiendo usos constituídos por la ley, no son susceptibles de aplicación las demás excepciones de dicho artículo.

No prestándose fianza cuando proceda darla, el uso ó la habitación, lo mismo que el usufructo en su caso, no se pierden; pero no puede tener aplicación lo que se ordena en el art. 494 para la administración de los bienes, puesto que ésta corresponde al propietario. Si el uso consiste en el servicio que una cosa mueble ó semoviente pueda prestar al usuario, éste no podrá exigir su entrega mientras no dé la fianza ó caución juratoria, si se le permite conforme al art. 495. Y lo mismo habrá de entenderse respecto de la habitación.

Prestada la fianza, ó sin ella si no procede, el usuario tendrá derecho á los productos necesarios desde el día que corresponda con arreglo al título constitutivo, como dispone, en cuanto al usufructo, el art. 496.

Es aplicable también al uso y la habitación lo que quedó expuesto respecto al usufructo, sobre pago del impuesto de derechos reales é inscripción.

Durante el ejercicio del derecho, la obligación esencial es la de cuidar de las cosas como un buen padre de familia, según preceptúa el art. 497, cuando le hayan sido entregadas para su servicio.

A los artículos 498 al 505 nos hemos referido anteriormente.

El derecho de habitación no puede constituirse sobre la totalidad de un patrimonio. En cuanto al derecho de uso, salvo casos excepcionales, esa constitución exigiría la extensión del derecho á la percepción de frutos civiles. De todos modos, la naturaleza del uso, limitada á la satisfacción de las necesidades de cierto orden del usuario y su familia, no se aviene bien con los preceptos de los

artículos 506, 508 y 510. Si existiera un uso universal, y el usuario percibiera todos los frutos, en realidad se trataría de un usufructo, y podría aplicarse al pago de pensiones, deudas, etc., un criterio análogo al que informa el art. 527 sobre pago de contribuciones, gastos de cultivo y reparaciones. Por lo demás, casi es inútil ocuparse de estas hipótesis.

El usuario y el que ejerce el derecho de habitación, no se hallan facultados para el cobro de créditos y colocación del capital cobrado, por lo que respecto á ellos no rige el precepto del artículo 507. En cambio el 509 es en todo aplicable, ya en cuanto no ha de estar el usuario obligado á pagar las deudas para cuya seguridad fué hipotecada la finca usuada ó habitada, ya en cuanto á responder el propietario en caso de embargo ó venta judicial.

Por último, son extensivos al uso y á la habitación los preceptos de los arts. 511 y 512.

Y concluiremos recordando lo que ya se ha dicho con repetición: que todo lo expuesto sobre facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación, ha de entenderse sin perjuicio de lo que resulte del título constitutivo de estos derechos, como se previene en el art. 523.

Concuerda el art. 528 de nuestro Código con los 625 y 627 de los de Francia y Bélgica, 526 y 529 del de Italia, 2256 y 2261 del de Portugal, 865 y 866 del de Holanda, 1388 del de Guatemala, 1036 del de Méjico, 812 y 818 del de Chile, 2949 del de la República Argentina y otros.

ARTÍCULO 529

Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por abuso grave de la cosa y de la habitación.

Puede decirse que no exige comentario, por lo que nos referimos á lo que ya quedó expuesto al comentar los arts. 513 y 514.

En virtud del presente, además de dichos dos artículos, son

también aplicables al uso y á la habitación los arts. 515 al 522, en cuanto no se opongan á los preceptos especiales de los 524, 525, 527 ó 529, y como á este último se opone el 520, que declara que el usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada, evidentemente dicho artículo 520 no rige en cuanto á los derechos que examinamos, los que se extinguen por abuso grave de la cosa.

Posible sería la constitución del uso ó de la habitación á favor de una sociedad ó en general de una persona jurídica, y en tal caso su duración podría ser menor, pero nunca mayor de treinta años, como previene el art. 515.

El precepto del art. 521 aplicado al uso constituído á favor de varias personas sucesivamente, es rigorosamente cierto. No así en cuanto al uso á favor de varios simultáneamente cuando sea posible su existencia, pues entre los usuarios no existe el derecho de acrecer, y cada uso parcial terminará cuando deba con independencia de los demás, pasando la porción de frutos vacante al propietario.

Rige, por último, el precepto del art. 522 respecto á la devolución de la cosa y cancelación de la fianza, existiendo el derecho de retener cuando puedan considerarse aplicables al uso ó á la habitación los arts. 502, 505 ó 510.

Todo, por supuesto, sin perjuicio de lo pactado, ó de lo ordenado por el testador, en el título constitutivo del uso ó de la habitación, como se previene en el art. 523.

Casi todos los códigos extranjeros contienen una disposición esencialmente igual ó análoga á la del presente artículo, como puede verse en los artículos citados al final del comentario al artículo 528.

TÍTULO VII

DE LAS SERVIDUMBRES

IDEAS GENERALES

La esencia del derecho de servidumbre es difícil de fijar.

Algunos dan al concepto una elasticidad tal, que casi viene á ser sinónimo de gravamen sobre la propiedad, ó de derecho real en cosa ajena. Así dicen, que la esencia de ese derecho la representan estas dos notas: que el gravamen recaiga sobre cosa, siendo ésta y no la persona la que sirve, y que por virtud de la constitución de una servidumbre, otra persona que el dueño ostente derecho á hacer efectivo ese servicio en el predio sirviente.

Otros, por el contrario, limitan la idea y exigen que ese gravamen recaiga sobre un predio, y ceda precisamente en beneficio de otro predio.

Pero en esta ídea falta algo, aunque por sí sola sea suficiente para separar la servidumbre de otros derechos reales. Hay como elementos dos fincas, un gravamen sobre una de ellas, y un beneficio á favor de la otra, gravamen y beneficio que, dada la naturaleza de las cosas, habrá de recaer forzosamente en los respectivos poseedores de esas fincas, y traducirse en derechos y obligaciones; falta, no obstante, determinar en qué consiste ese beneficio, ó en qué consiste ese gravamen, porque, en suma, el gravamen sólo indica carga, y el beneficio sólo implica utilidad, conceptos demasiados generales y comunes en las relaciones jurídicas.

Para unos, sólo puede consistir el gravamen en un uso de los varios de que sea susceptible el fundo; para otros, en un uso determinado, ó en una determinada utilidad.

Giacomo Veneziam, según expusimos en las ideas generales referentes al usufructo, entiende que la servidumbre se caracteriza por la cesión perpetua ó por tiempo indefinido de *una* de las varias utilidades que la cosa es susceptible de producír.

Germano, *Tratado de las servidumbres*, la define como un derecho por virtud del cual la propiedad de una finca se limita en cuanto á alguno de los usos de que es susceptible, en beneficio de otra finca perteneciente á distinto dueño, uso que afecta desde luego á la sustancia de la cosa.

Ferdinando Bianchi, en su *Trattatto delle servitú legali nel diritto civile italiano*, volumen 1.°, Teoría general, dice que la servidumbre es una transmisión de utilidad de fundo á fundo, la separación de un valor de una propiedad y su agregacióu á otra, lo cual se resuelve, según la expresión de Ulpiano, en un aumento por una parte, y en una pérdida por la otra del contenido normal de la propiedad. No basta, pues, la existencia entre dos predios de cualquier relación jurídica, ó de cualquier obligación á cargo de uno y en favor del otro para que pueda decirse que el primero *sirve* al segundo; es necesario que la relación jurídica tenga por objeto el procurar un *beneficio* á un fundo por medio y á expensas de otro.

Y más adelante, completando su idea, añade: «Puede decirse que el elemento genérico del *jus suum deminuit, alterius auxit* (Ulpiano) no es por sí solo suficiente para dar completa la noción de la servidumbre predial, sino que debe especificarse, determinarse, de un lado con la circunstancia de que haya transmisión de utilidad de un fundo á otro fundo, y de otro lado con la de que el objeio de aquella transmisión sea un solo uso, un solo atributo, una sola función útil que se separa de la propiedad del predio sirviente.»

Esto mismo es, sin duda, lo que quieren expresar los códigos, al decir que las servidumbres consisten en dejar hacer alguna cosa ó en privarse de algo; en suma, en un determinado uso ó uti-

lidad sobre la cosa de otro, ó en la prohibición de un uso sobre la cosa propia.

De que este *algo*, este *uso* ó esta *utilidad*, que se saca de la propiedad ajena, sea el sólo carácter esencial de la servidumbre, ó se requiera algo más, la existencia de dos fundos, uno de los cuales obtenga el beneficio que el otro pierde, depende la mayor ó menor extensión que puede darse al concepto. Si se requieren dos predios, no hay más servidumbres que las *reales*, las que define el art. 530 de nuestro Código civil. Si basta uno sólo que sufra el gravamen, y lo único esencial es que un propietario se vea privado de uno de los varios usos, ó de una de las varias utilidades de que es susceptible su finca, cabrán las llamadas servidumbres *personales*, no precisamente como derechos de usufructo, uso, ni habitación, sino como derechos de pastos, caza, leña, hierbas, etc. Esta última parece ser la idea del Código en su art. 531.

Los derechos esenciales que integran el dominio, las facultades de disponer y gozar, se descomponen en otras varias, según expusimos en otro lugar. Todos los *jura in re aliena* limitan alguna ó algunas de esas facultades. Es una de ellas la facultad de transformar. La servidumbre, limita, coarta principalmente esa facultad ó ese derecho. El propietario de la finca gravada no puede hacer en ella transformación alguna que imposibilite la servidumbre.

***

«Servidumbre han los vnos edifizios sobre los otros, é las vnas heredades en las otras; bien assí como los señores en sus sieruos.» Así se expresa el Rey Sabio en el proemio del tít. 31 de la Partida 3.ª De modo que dando vida á las cosas, revistiendo de una ficticia personalidad á los edificios y á las heredades, en la dependencia en que se presentan los unos respecto á los otros en la relación de derecho que examinamos, creyó encontrarse gran analogía con la esclavitud, la servidumbre, la pérdida ó la abdicación de la libertad del hombre, que le reducía á la condición de cosa. De esta suerte, al paso que se convertía á las personas en un sim-

ple objeto de derecho, parecía que se consideraba á las cosas como susceptibles de ser sujetos en una relación jurídica. Pero de aquí resultaba en buena lógica una consecuencia: la servidumbre requería dos predios: uno que ejercía, digámoslo así, el señorío; otro que sufría, que soportaba la esclavitud.

No debemos ver, sin embargo, en dichas palabras del proemio más que un aspecto de la cuestión, y una razón del origen del nombre «servidumbre», que aun subsiste. Así es que ya en la ley 1.ª de dicho título y Partida se dice:

«Propiamente dixeron los sabios, que tal servidumbre como ésta, es derecho, é vso que ome há en los edificios, ó en las heredades agenas para seruirse dellas á pró de las suyas. E son dos maneras de seruidumbres. La primera es aquella, que há vna casa en otra, é á ésta llaman en latín vrbana. La segunda, es la que há vna heredad en otra, é á ésta dizen en latín rústica. E aun es otra seruidumbre, que gana ome en las cosas agenas para pró de su persona, é non á pró señaladamente de su heredad: assi como auer de vsofruto, para esquilmar algunas heredades agenas: ó auer el vso tan solamente, en la casa de morada ó en las casas de otri; ó en obras de algunos sieruos menestrales, ó labradores.»

Aquí aparece ya la servidumbre, primero como un derecho de la persona sobre las cosas ajenas, pero precisamente para utilizarlas en pro, en beneficio de las cosas propias, lo cual no obsta para que después se admitan otras servidumbres que consisten en servirse un hombre de las cosas ajenas para «pro de su persona». Puesta la cuestión en este terreno, son varios los derechos reales que encajarían perfectamente en el marco asignado á las servidumbres personales, y no habría razón para limitar ese nombre al usufructo, el uso y la habitación.

Nuestros legisladores no quisieron seguir los precedentes patrios, y emprendieron el camino trazado por la generalidad de los códigos modernos. Las bases 12 y 13, como los títulos 6.° y 7.° del libro segundo, separan las servidumbres del usufructo, el uso y la habitación, considerando á estos derechos como limitaciones del dominio con carácter independiente.

Al ocuparnos de esos derechos expusimos brevísimamente nuestra opinión favorable á la innovación que el Código ha llevado á efecto en la materia. No creemos, sin embargo, que la cuestión merezca detenerse más en ella, porque es más de nombre que de esencia, más de forma que de fondo. Esencialmente, los derechos siguen siendo los mismos.

Admitimos la doctrina en la forma que se presenta. El usufructo, el uso y la habitación no son servidumbres. Veamos el desarrollo de éstas en nuestro Código, no sin recordar antes las muchas disposiciones que se relacionan con la materia.

Para los casos en que aun haya de aplicarse el derecho antiguo, sirve como fuente legal el tít. 31 de la Partida 3.ª, y varias leyes de carácter administrativo, completado todo con las costumbres, las ordenanzas locales de policía urbana y la jurisprudencia.

Para el nuevo derecho civil, véanse el Código civil, arts. 530 al 604, 334 núm. 9, 350, 388, 405, 479, 1197 y siguientes, 1523, 1634, 1902, 1908 y 1909; la ley Hipotecaria, arts. 2.°, 13, 107, número 5.° y 108, núm, 6.°; la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879, y Real orden de 5 de Septiembre de 1881; la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880; la de 10 de Enero de 1879 sobre expropiación forzosa, y sus aplicaciones á los ramos de Guerra y Marina; las leyes de 23 y 29 de Noviembre de 1877 y el reglamento de 8 de Septiembre de 1878 sobre ferrocarriles; la ley de 24 de Mayo de 1863 sobre servidumbres en los montes públicos; la de 6 de Julio de 1859 y art. 12 de la de 29 de Diciembre de 1868 sobre minas, y otras muchas disposiciones sobre comunidad de pastos, vías pecuarias, establecimientos insalubres, incómodos y peligrosos, carreteras, teléfonos, cementerios, fábricas, condiciones para edificar ó hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes, zona militar de costas y fronteras de la Península, etc., que examinaremos en su lugar oportuno en la parte que nos interesa; las ordenanzas, usos locales y reglamentos especiales que el Código menciona en varios artículos, tales como el 570. 571, 587, 589, 590 y 591, y por último, la jurisprudencia anterior y posterior al Código, en cuanto éste no contradiga la doctrina de aquélla.

CAPÍTULO PRIMERO

De las servidumbres en general.

SECCIÓN PRIMERA

DE LAS DIFERENTES CLASES DE SERVIDUMBRES QUE PUEDEN ESTABLECERSE SOBRE LAS FINCAS

ARTÍCULO 530

La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño.

El inmueble á cuyo favor está constituída la servidumbre, se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente.

ARTÍCULO 531

También pueden establecerse servidumbres en provecho de una ó más personas, ó de una comunidad, á quienes no pertenezca la finca gravada.

I.—Servidumbres reales

Para apreciar el concepto que al Código merecen las servidumbres, explicaremos la definición contenida en el art. 530, no sin hacer notar previamente la íntima relación que guarda con el 531, y la modificación que éste encierra.

A. *Gravamen.*—La servidumbre es un gravamen. En esto se hallan conformes todos los códigos, y casi todos los autores. Decimos todos los códigos, porque aunque algunos, como el de las Partidas, y el de la República Argentina, la definen como un derecho,

no pretenden con ello negar que sea al mismo tiempo un gravamen, así como los que la definen como carga no quieren decir que por ello deje de ser también un derecho. Decimos que así lo entienden casi todos los autores, porque hay alguno (Germano) que intenta demostrar que la servidumbre no puede decirse que es gravamen, como no cabe afirmar que es un gravamen el dominio, que así como el propietario de un inmueble sólo tiene un derecho, el propietario del fundo dominante sólo tiene también un derecho, el que le corresponde sobre la heredad ajena, y el propietario del fundo sirviente sólo tiene otro, el de propiedad, con exclusión del uso ó derecho especial concedido ó asignado á un tercero. Poco práctica esta cuestión, nos limitamos á indicarla, sin profundizar en la materia.

«Al mismo tiempo, dice Filippis *(Corso completo de diritto civile italiano comparato*, vol 3.º*)*, la servidumbre es limitación de la propiedad (carga del fundo sirviente), y derecho á favor de determinado individuo ó de determinada finca. Servidumbre, en sentido pasivo, expresa limitación ó restricción impuesta á la propiedad de otro, y en sentido activo, expresa el derecho que á aquella limitación corresponde. Al deber es correlativo el derecho, á la deuda el crédito. El mismo derecho es crédito cuando es activo, es deuda cuando es pasivo. Del mismo modo la servidumbre, considerada pasivamente, es carga; considerada activamente, es derecho. Al gravamen del fundo sirviente es correlativo el derecho de la persona ó del fundo dominante; no se concibe la carga sobre una finca sin el derecho en un individuo ó en otra finca.» La cuestión nos parece tan clara, que no creemos necesario insistir.

La servidumbre, como dice Díaz Ferreira, «es un gravámen, una carga, porque estorba al propietario del predio que debe la servidumbre, el ejercicio de su derecho de propiedad. Hay quien define la servidumbre como un derecho, considerándola en relación al predio dominante. No obstante, como la palabra servidumbre envuelve ya por sí misma una idea pasiva, al paso que la palabra derecho envuelve una idea activa, *es más propio* definirla como carga que como derecho».

Aceptamos, pues, la idea de gravamen que nos da el art. 530, no como nota específica, al menos por sí sola, de la servidumbre, sino como nota común á todos los derechos reales. El gravamen implica limitación, restricción, carga, peso, incomodidad, estorbo. El dueño del predio sirviente, como después expresa el art. 533, tiene que tolerar en su misma propiedad actos de un tercero, ó privarse del ejercicio de otros que le serían permitidos si no existiera la servidumbre.

B. *Sobre un inmueble.*—Esta es ya una nota esencial, propia y especial en las servidumbres. Siempre ha de hallarse impuesto el gravamen sobre un inmueble.

Aquí el sentido de la palabra inmueble es el vulgar y no el legal. Se trata de inmuebles que lo son por naturaleza: tierras, edificios, caminos y construcciones adheridas al suelo. No puede decirse que el Código da lugar á dudas, porque, en primer lugar, habla de un inmueble y no de bienes inmuebles, y después, á renglón seguido, añade: «El inmueble á cuyo favor está contituída la servidumbre, se llama *predio* dominante; el que la sufre, *predio* sirviente.»

El gravamen recae sobre una finca, un predio, una heredad, como dicen los códigos de otros países. Esto es lo normal, y de aquí el nombre de predios sirviente y dominante; pero esto no excluye la posibilidad de la imposición de la servidumbre sobre otros bienes inmuebles que, propiamente, no son predios. Así sucede con las minas y ciertas construcciones fijas sólo de un modo transitorio ó provisional, como las casetas de madera para baños, los kioscos, los cajones de las plazas y mercados, etc., en tanto en cuanto permanezcan fijas ó adheridas al suelo.

Fuera de estos casos, excepcionales por su analogía con las servidumbres que afectan á los predios urbanos que, después de todo, también son accesorios al suelo, tratándose de objetos que sólo se consideran inmuebles por su adherencia á otros fijos, la regla es que no cabe hablar de servidumbres, porque ésta recaerá sobre lo principal, sobre la tierra que alimenta y sostiene al árbol, ó sobre el edificio que soporta la máquina, es decir, que mientras dure la

adherencia el gravamen afectará á lo principal, no á lo accesorio, y al terminar ese estado especial, al separarse los objetos, quedan convertidos en bienes muebles incapaces de sufrir servidumbre.

Ahora bien: todo lo que pueda estimarse como *un* inmueble por su naturaleza, puede ser objeto de servidumbre, cualquiera que sea su extensión, lo mismo una pequeña viña que una dehesa, ó una gran labor ó heredamiento, ó un término municipal, una finca, determinada é independiente con relación á otro término, ó á otro determinado inmueble enclavado en término distinto.

En cuanto á los derechos reales sobre bienes inmuebles (número 10 del art. 334), no pueden ser objeto de servidumbre. Las palabras de la ley, un inmueble, un predio, revelan que la idea del legislador fué exigir una cosa material, un inmueble corporal, y así también se deduce, como afirma Bianchi, de la tradición y del carácter económico que domina en la servidumbre.

C. *En beneficio de otro inmueble perteneciente á distinto dueño.* —El beneficio indica la utilidad, el mejoramiento. Lo mismo puede consistir el beneficio en un uso determinado, que en un determinado producto. Ciertamente que no se concebiría el gravamen, la carga, si no había de proporcionar á su vez ventaja ó beneficio á nada ni á nadie. La servidumbre real compensa el daño del fundo sirviente con el beneficio del fundo dominante. He aquí la transmisión de utilidad de fundo á fundo, el valor especial que se destaca de una propiedad para incorporarse á otra, como dice Bianchi, y la exactitud de las palabras de Ulpiano: «*Quum quis ius suum deminuit, alterius auxit.*»

Como explicación y complemento de las palabras gravamen y beneficio del art. 530, puede verse el 533, que detalla el contenido de las servidumbres, aunque refiriéndose ya, como era irremediable, no á las fincas, sino á sus poseedores ó propietarios. La servidumbre, el gravamen, consiste en la obligación, por parte del dueño del predio sirviente, de dejar hacer en éste alguna cosa al dueño del predio dominante, ó de privarse de hacer algo, de ejercitar alguna facultad que le sería lícita sin la servidumbre. Hacer ó no hacer *algo*, permitir alguna cosa, privarse de algo, conceptos todos

que expresan que el dueño sigue disfrutando lo suyo, que hay mucho y se limita sólo un poco, que el gravamen se reduce á uno de los varios usos ó á una de las varias utilidades de que es susceptible el inmueble, á una de las muchas facultades particulares que corresponden al dueño.

Síguese de aquí, que no será preciso que el beneficio sea muy grande; basta una utilidad, una ventaja cualquiera, algo, como dice Germano, que mejore la condición de la finca. Ni es necesario que el derecho adquirido por la servidumbre se ejercite: basta que exista y pueda ejercitarse.

Podemos, por lo tanto, sentar las conclusiones siguientes:

a) Que el beneficio implica sólo utilidad, nunca necesidad. De modo que el predio dominante puede perfectamente subsistir sin el beneficio de la servidumbre.

b) Que el gravamen no puede absorber toda la utilidad del predio sirviente, porque esto, más que carga, sería anulación.

Las palabras «en beneficio de otro inmueble», equivalen á «en favor ó en consideración á un inmueble», lo cual no excluye que en realidad el beneficio, la utilidad, recaiga en el propietario ó poseedor de ese inmueble; pero recae en él por su cualidad de propietario, ó, lo que es lo mismo, disfruta éste del derecho por consideración á la finca, por pertenecerle la misma.

Bianchi dice, á propósito de esto: «el derecho de servidumbre debe tener una relación *jurídica* con el fundo dominante en cuanto solamente puede ser invocado y ejercitado por quien tenga el carácter de propietario de ese fundo, y debe presentar también una relación *económica* con el fundo mismo, por cuanto la servidumbre será predial ó real sólo cuando el fundo sea *instrumento necesario* para el ejercicio de la servidumbre, *medio de unión* entre el derecho de servidumbre y el propietario del fundo».

Las fincas han de pertenecer á distinto dueño. Si se trata de dos que pasan á poder de un solo propietario, la una prestará á la otra idéntico servicio que ántes, virtualmente, existirá aun la servidumbre entre ellas. Pero el que ejercita el derecho inherente á la servidumbre es el propietario, y como al ejercitarlo no hace más

que servirse de una cosa que le pertenece, en realidad, sólo ejercita su derecho de propiedad. Por esto exige el Código que el inmueble beneficiado pertenezca á distinto dueño. Así lo reconocía la ley 13, tít. 31, Partida 3.ª

Pero en esa misma existencia virtual de la servidumbre, en esa relación económica entre las dos fincas, se funda la disposición del art. 541. Así, al separarse la propiedad de los dos predios, al pertenecer á distinto dueño, la servidumbre que estaba latente, revive, ó se manifiesta con toda claridad.

Tenemos, pues, como requisitos de las servidumbres definidas en el art. 530: 1.º La existencia de dos predios pertenecientes á distinto dueño. 2.º Algo que se pierde por el uno y se agrega al otro, ó un gravamen que afectando á uno de los inmuebles y limitando el derecho sobre él, beneficia al otro inmueble, ó por consideración á éste, á su propietario.

Puesto que se trata de dos inmuebles, es indispensable saber cuáles son, es indispensable que las fincas sean *determinadas*. Así los respectivos poseedores conocerán el objeto material sobre que recae su derecho ó su deber, como también el límite y la extensión de los mismos.

Pero no es necesario que dichas fincas sean contiguas, ni siquiera precisa el requisito de la vecindad que algunos exigen: basta que la servidumbre sea posible entre ellas y útil al predio dominante.

Cosas de dominio y uso público.—Las servidumbres han de recaer en cosas materiales, determinadas, inmuebles y ajenas. Esta consideración de cosas ajenas pone en relación esta materia con la de los artículos 338 al 345 del Código. Pueden imponerse las servidumbres sobre y á favor de inmuebles de propiedad privada, sean patrimoniales del Estado, la Provincia ó el Municipio, ó pertenecientes á particulares, individual ó colectivamente. En cuanto á los inmuebles de dominio ó uso público, también pueden ser objeto de servidumbre, considerada ésta activa ó pasivamente; mas para ello es preciso:

1.º Que la otra finca sea de dominio privado, porque corres-

pondiendo privativamente á uno pertenece á distinto dueño, ya que en los bienes de uso público el dominio es de todos los que habitan en la misma nación, el mismo municipio ó la misma provincia.

2.° Que el uso en que consista la servidumbre no sea el uso público á que están destinados los bienes, pues ese se ejercita sin necesidad de la servidumbre por todos; sino un uso especial: en suma, un uso que sólo beneficie á la finca ó á la entidad en cuyo favor se hubiera constituído.

Esto resuelve la cuestión de si el paso por las vías públicas, las luces y vistas sobre las calles, plazas, paseos, etc., son ó no verdaderas servidumbres. Podrá disputarse si las vías y las plazas son ó no fincas determinadas; no cabe duda de que no son ajenas, porque al ser bienes públicos y mientras lo sean, públicamente pueden usarse por todos y por cada uno. Con el mismo derecho que pasa el transeunte, pasa á su finca el propietario, y si del suelo pasamos al espacio que le cubre, el aire y la luz sirven precisamente para respirar y para ver; cosas igualmente necesarias en el interior que en el exterior de los edificios, sin las que la finca no serviría de nada; cosas que á todos pertenecen, al propietario como al no propietario, y que por lo mismo no son patrimonio exclusivo de nadie; cosas sobre las que no cabe imponer servidumbre mientras se usen según su naturaleza ó se destinen á su fin propio y adecuado. Agréguese á esto, en cuanto á las luces y vistas, que para que exista verdadera servidumbre es necesario que no puedan estorbarse ó impedirse, lo cual no ocurre en el caso propuesto.

Es innegable, dice Bianchi, que el uso del suelo público por un particular entra en las funciones directas y normales del fundo que quiere calificarse de sirviente, mientras que la servidumbre supone un servicio que forma contraste con la función propia y libre del fundo gravado, y aparte del cual queda al mismo fundo un campo de acción para su utilidad propia. No existe, pues, servidumbre en el uso de los bienes públicos; pero, por otra parte, no cabe desconocer la inmensa diferencia que existe entre el uso per-

sonal y accidental de esos bienes, y el uso permanente y ligado á la propiedad de un inmueble. Al suprimir la administración el uso público de una plaza, por ejemplo, para construir en ella un teatro, mientras el particular que acostumbraba á pasearse recibe un daño más hipotético que real, aquél que en la misma plaza tenía un edificio recibe un daño real y positivo. De aquí, concluye el autor, que en tales casos existe un derecho *sui generis* que, no por dejar de ser servidumbre, merece menos un resarcimiento, indemnización ó compensación por el daño sufrido.

Revisten estas cuestiones diversidad de aspectos, y requerirían un estudio detenido que no podemos emprender. Lo expuesto compendia nuestra opinión.

También se ha discutido mucho si constituye servidumbre el gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de una industria ejercida en otro fundo, siendo la opinión más admitida la de que en tal caso domina el interés personal al real, y sólo existen derechos de obligación.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de Mayo de 1889, tiene declarado que la colocación de un hito de piedra para señalar el límite de la jurisdicción de dos pueblos no constituye verdadera servidumbre, porque falta para que exista que haya un predio sirviente y otro dominante, debiendo los particulares permitir la colocación en sus fincas de los signos de esa división que se hace en provecho de todos. Tampoco existe servidumbre cuando se paga cierto precio por el aprovechamiento de una finca (sentencia de 25 de Enero de 1861).

II.—Servidumbres personales

Del examen del art. 530 parece resultar la necesidad de dos fincas: donde sólo exista una no hay servidumbre. Sin embargo, el art. 531 añade: «También pueden establecerse servidumbres en provecho de una ó más personas, ó de una comunidad á quienes no pertenezca la finca gravada.» Esto equivale, en opinión de los detractores del Código, á rechazar del campo de las servidumbres

el usufructo, el uso y la habitación, y reconocer al fin la existencia de las servidumbres personales que pretendía negarse.

El Código, sin embargo, no peca con esto de inconsecuencia. Llegó el legislador á penetrarse de que, en su esencia, el usufructo, el uso y la habitación no eran verdaderas servidumbres, y les negó este carácter. Se encontró con otros derechos reales especiales, aceptados y reconocidos en nuestra legislación, como los de pastos, leñas y otros semejantes, y no logró tal vez convencerse de que fueran verdaderas servidumbres; pero sin duda halló que ofrecían más analogía con éstas que con el usufructo, y como servidumbres las consideró, sin atreverse á darles un nombre especial y diferente.

Por excepción, dice el código de Zurich, la servidumbre puede existir también en favor de una sociedad y aun de una sola persona. Aceptan algunos que nuestro art. 531 establece, siguiendo al de Zurich, una excepción al 530. Nos parece que el precepto de nuestro Código admite otra explicación que ofrece bastante analogía con lo que dijimos al ocuparnos del art. 467. Desde el momento en que el beneficio, el provecho, puede recaer en una persona, no mira el legislador, como requisito esencial de la servidumbre, la existencia de un segundo predio. Es esencial en las servidumbres, que consistan en hacer algo en la propiedad ajena ó en privarse de algo en la heredad propia. Si el provecho ó beneficio de la servidumbre recae en una persona por su cualidad de propietario de determinada finca, la servidumbre es *real*; si recae en una persona independientemente de su cualidad de propietario, y aun sin ser propietario de nada, la servidumbre es *personal*.

Y como el usufructo consiste en disfrutar las cosas ajenas, y en las servidumbres personales que admite el Código sólo un uso ó un disfrute especial se concede á la persona, disfrutando por lo demás los bienes gravados con la servidumbre su mismo propietario, el legislador acepta esas formas de servidumbre personal hasta tanto que científicamente se demuestre la verdadera naturaleza de esos derechos y se modifique la jurisprudencia.

No afirmamos con esto que la idea del Código sea la más

exacta; pueden presentarse objeciones de importancia á su doctrina, y más aún atendiendo á determinadas servidumbres; pero hay que reconocer que la cuestión es dudosa; que si se admite como servidumbre la de abrevadero, por ejemplo, no hay razón para no admitir la de pastos, leñas, extracción de cal, yeso ó piedra, saca de agua, etc.

Ciertamente, si se empieza por afirmar que en la servidumbre no hay nunca percepción de productos, y que el usufructo consiste en el aprovechamiento de una sustancia especial y separada de la sustancia de la cosa, esto es, en la apropiación del fruto, por más que se use de la cosa en lo necesario para la adquisición de ese fruto, claro es que de antemano se afirma que los derechos de pastos, leñas, caza, abrevadero, saca de agua, de arena, cal, yeso, piedra, etc., que precisamente consisten en aprovechar un producto, no son servidumbres, sino solamente usufructos parciales ó limitados. Pero la teoría no resulta cierta en absoluto: *Primero*, porque abundan los casos en que el usufructo no consiste en la percepción de frutos, sino solamente en el uso de cosas incapaces de producirlos. *Segundo*, porque todos los expresados derechos pueden concederse en consideración á una finca; no á la persona, sino al poseedor ó propietario de un inmueble, y aun en tal caso habría que negar á la relación el carácter de servidumbre.

Aun cabe decir que cuando son las cosas susceptibles de un solo uso y ése se transmite, ó cuando, siendo susceptibles de varios usos, se transmiten todos, hay usufructo; mientras que cuando siendo las cosas adecuadas para varios usos, sólo se concede uno, ó sólo se priva de uno, hay servidumbre. Admitiendo esta conclusión, todavía cabe sostener que se trata en los últimos casos de usufructos parciales; pero si esa fuese en efecto la característica diferencial, ¿por qué lo que se dice en cuanto al uso no podría hacerse extensivo también al fruto ó producto? Esto, y la perpetuidad ó temporalidad del derecho, señala la verdadera diferencia, según Venezian. Eso mismo, ó sea la especialidad ó singularidad del uso ó del producto, y ser en beneficio de una finca y nunca de una persona, constituyen la servidumbre, según Bianchi.

Las palabras «en provecho de una ó más personas ó de una comunidad, á quienes no pertenezca la finca gravada», no indican, como quiere algún comentarista, que el Código rechace las servidumbres personales, y sólo quiera expresar que la finca gravada pueda servir lo mismo al poseedor único que á uno de los coposeedores, igualmente al señor directo que al útil, al propietario que al usufructuario. Esto ya se deduce evidentemente del art. 530, pero el 531 dice algo más, y admite, sin género alguno de duda, las servidumbres personales, puesto que permite establecerlas en provecho de las personas, sin que haya predio dominante. En el proyecto de 1851 no existía la disposición del art. 531.

Las servidumbres, como derechos reales, son inscribibles con arreglo al art. 2.° de la ley Hipotecaria, debiendo hacerse constar la inscripción, según el art. 13, en las hojas destinadas á cada uno de los predios sirviente y dominante; disposición esta última solamente aplicable á las servidumbres reales.

Las servidumbres reales, dice el art. 67 del reglamento del impuesto de derechos reales, se estimarán por el valor ó precio que las partes señalen á las mismas en el contrato, y no señalándolo, por el 5 por 100 del valor del predio dominante, á cuyo efecto ha de declararse este valor según el art. 71.

Para regular el timbre correspondiente en las copias de escrituras respectivas á servidumbres, cuando el valor no conste, servirá de base la cuarta parte del valor del predio dominante (número 10 del art. 16 de la ley del Timbre).

Códigos extranjeros.—La generalidad de los códigos definen la servidumbre lo mismo que el nuestro, sustituyendo algunos, como el de Italia (art. 531), las palabras «en beneficio», por las de «para el uso y la utilidad». El de Guatemala y el de Méjico, explican en sus artículos 1190 y 1044, ó sea á continuación de los que definen las servidumbres, el objeto de éstas, exponiendo que consisten en no hacer ó en tolerar. El código de la República Argentina, art. 2970, se separa de todos los demás, definiendo la servidumbre como un *derecho* real, perpetuo ó temporal, sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él ó ejercer cier-

tos derechos, ó bien impedir que el propietario ejerza alguno de los derechos de propiedad; definición, sin duda, más completa que las demás.

Según el código de Austria, art. 473, se llama servidumbre predial la que va unida á un inmueble para hacer más cómodo ó más provechoso el goce del mismo.

Los códigos de Francia y Bélgica, Italia y Portugal, no admiten las servidumbres personales.

Las legislaciones de Dinamarca, Rusia é Inglaterra, conceden poca importancia á la materia de servidumbres.

ARTICULO 532

Las servidumbres pueden ser continuas ó discontinuas, aparentes ó no aparentes.

Continuas son aquéllas cuyo uso es ó puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre.

Discontinuas son las que se usan á intervalos más ó menos largos y dependen de actos del hombre.

Aparentes las que se anuncian y están continuamente á la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas.

No aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

ARTÍCULO 533

Las servidumbres son además positivas ó negativas.

Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa ó de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohibe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.

Además de la división que resulta de los artículos 530 y 531 en servidumbres *reales* y *personales*, dichas servidumbres se clasi-

fican también por su ejercicio en *continuas* y *discontinuas*, por su forma en *aparentes* y *no aparentes*, por su objeto en *positivas* y *negativas*, y por su orígen en *voluntarias* y *legales*. De estas últimas se ocupa el art. 536, como veremos al comentarlo; de las otras clasificaciones, los artículos 532 y 533, que pasamos á examinar.

I.—Servidumbres continuas y discontinuas

Se considera esta distinción como una de las más importantes. Siguiendo á Bianchi, diremos que la *continuidad* de las servidumbres tiene una significación particular, que se diferencia de la *perpetuidad* ó duración, de la *permanencia* ó continuidad de la función, y de la *posesión continua* de la misma. Así, dice, la servidumbre de acueducto puede ser temporal, puede funcionar á intervalos y no continuamente, y puede dejar de poseerse durante cierto tiempo, y sin embargo, es siempre legalmente una servidumbre continua.

Son servidumbres continuas, dice el art. 532, aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante sin la intervención del hombre. Discontinuas son las que se usan á intervalos más ó menos largos y dependen de actos del hombre.

Para que la servidumbre sea continua, no es preciso que su uso sea incesante: basta que pueda serlo. Hay servidumbres, como la de apoyar una viga en pared ajena, soportar una palomilla ó poste de la red telefónica, etc., que existen realmente de un modo continuo; hay otras, como la de acueducto, que puede servir solamente para conducir el agua de un predio á otro un día sí y otro no, y, sin embargo, también es continua, porque para su ejercicio no se exige la intervención del hombre.

En cambio, las servidumbres discontinuas se ejercitan por un hecho del hombre, y precisamente por eso son y tienen que ser discontinuas, porque es imposible físicamente que su uso sea incesante. Así, la servidumbre de paso es discontinua, porque no es posible que el hombre esté pasando continuamente por el camino, vereda ó senda de que se trate.

Esta clasificación sólo se refiere al ejercicio de la servidumbre, porque ésta en su esencia es siempre continua, ya que desde el momento en que nace ó se establece existe el beneficio y el gravamen y puede ejercitarse en cualquier tiempo. El derecho y la carga no deja de existir, aunque temporalmente no se ejercite ó aunque sólo á intervalos se use. A esta continuidad de la servidumbre en sí misma podemos llamarla permanencia.

La nota característica, pues, entre las servidumbres continuas y discontinuas parece ser la de que su uso pueda ó no ser incesante. No puede serlo, cuando su ejercicio consista en un acto del hombre, considerado éste aisladamente, sea un sólo propietario, varios condueños ó una comunidad ó corporación. Pero en las servidumbres establecidas en interés público, como la de salvamento, camino de sirga, etc., no existe esa imposibilidad: su uso puede ser incesante y la servidumbre debe estimarse continua.

Ahora bien: es necesario comprender lo que la ley quiere expresar, al decir que son servidumbres discontinuas las que *dependen* de actos del hombre. Bianchi dice, con razón, que sería más propio definirlas: «aquellas cuyo ejercicio *consiste* en un acto del hombre». En efecto, toda servidumbre requiere para su establecimiento hechos del hombre, en cuanto, aparte de intervenir éste, por regla general, en su constitución, exige actos ú obras para darles vida; pero á esta circunstancia no se refiere la ley. El hombre, dice Filippis, construye la ventana ó la canal, pero después de construídas la luz penetra en la estancia por sí misma ó el agua pluvial discurre ó vierte sin necesidad de acto alguno del hombre.

Hay además casos en los cuales, para poner en ejercicio la servidumbre, se necesitan reparaciones especiales ó practicar algún acto: levantar, por ejemplo, una compuerta para dejar paso al agua, y en ellos podría decirse que el ejercicio depende de un acto del hombre. Sin embargo, si al cesar el esfuerzo humano la servidumbre se pone en ejercicio por obra exclusiva de la naturaleza, como en el caso del agua para el riego, la servidumbre es contínua. Como afirman Pacifici Mazzoni, Bianchi y otros, con tal acto el hombre no ejercita la servidumbre, sino que remueve obstáculos ó

practica las obras ó los actos necesarios para que pueda ejercitarse por sí misma. Los actos del hombre han de ser precisamente el ejercicio de la servidumbre, para que ésta sea discontinua.

Pero no puede llevarse la consecuencia hasta el extremo de afirmar que los actos del hombre acompañen al ejercicio en todo su desenvolvimiento, de tal modo, que al cesar el acto cese el ejercicio. La acción del hombre se mezcla con la acción de la naturaleza, y á veces se hace muy posible el confundirlas. En tales casos, basta que el acto humano sea el factor principal, ya que no único, el motor ó el productor, digámoslo así, para la existencia de la servidumbre. Así, la que consiste en arrojar ó dar salida por una finca á las aguas sucias de la finca inmediata, es discontinua, porque depende en primer término de actos del hombre, que es quien produce, digámoslo así, esas aguas y quien tiene que arrojarlas, aunque después el agua vertida discurra ya por sí misma por la cañería ó zanja que se le destine.

Por último, afirma Germano y es fácil de observar, que en las servidumbres discontinuas, como las de paso, abrevadero, saca de agua, extracción de cal ó arena, tierra, etc., el acto del hombre ha de verificarse en el predio sirviente y no en el dominante.

II.—Servidumbres aparentes y no aparentes

Esta clasificación no ofrece los caracteres de fijeza que la anterior.

Son *aparentes*, las servidumbres que se anuncian y están continuamente á la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas.

No aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

Hay servidumbres, como las negativas, que nunca son aparentes, y otras, como la de estribo de presa, que siempre lo son. Pero en cambio, hay muchas que pueden ser aparentes ó no aparentes según los casos. Así, la servidumbre de paso puede presentar un signo de su existencia, un pasadizo, por ejemplo, aunque ordina-

riamente sea no aparente. La de acueducto debe ser, en cambio, aparente; pero si se construye sobre él ó se ejercita por una cañería subterránea, dejará de serlo y se convertirá en no aparente, y así habría de ser considerada en tales casos, á no mediar la declaración especial del art. 561. Es lo natural y ordinario, sin embargo, que las servidumbres positivas sean aparentes.

Las servidumbres para ser aparentes requieren un signo exterior, visible y permanente, que por sí mismo indique la existencia de la servidumbre; signo claro, evidente, que, sin género alguno de duda, denuncia que allí hay una servidumbre en ejercicio y la naturaleza de ésta; signo, en suma, adecuado y propio para dar á conocer la idea que representa.

La palabra signo, equivale á la de indicio, que emplea el mismo art. 532 al definir las servidumbres no aparentes. No se necesita, por tanto, ninguna construcción ú obra especial, como exige el artículo 689 del Código francés; basta una señal, un indicio, algo que revele la existencia de la servidumbre. La palomilla que soporta los aisladores por donde pasan los hilos del telégrafo ó teléfono, los canalones dispuestos para que el agua vierta en la finca ajena, el estribo de presa, parada ó partidor, el puente en el acueducto, el pasadizo, el camino, etc., son otros tantos signos que pueden variar en distintas formas, todas aceptables, en cuanto revelen la respectiva servidumbre que representan.

Las palabras «signo exterior», que esté continuamente á la vista, quizás pequen de redundantes, pero más vale en esto pecar por exceso que por falta. Claro es que la ley no exige que una determinada persona, ni aun muchas de éstas, vean el signo; basta que pueda verse. Como dice un comentarista del Código, si el signo existe y no está oculto, es decir, si es exterior, hay que reputarlo visible. Al ser visible, queda demostrado el conocimiento y la aquiescencia á la servidumbre por parte del propietario del predio sirviente.

El signo, además, ha de ser permanente, no variable ni accidental, y también adecuado, propio y no equívoco ó dudoso. Como dice Bianchi, la servidumbre debe estimarse siempre lo menos ex-

tensa y gravosa posible, á no ser que el signo exterior y visible de ella no deje lugar á duda alguna sobre el carácter y la extensión del derecho que se pretende hacer resaltar.

Estos signos pueden encontrarse, según los casos, en el predio sirviente ó en el dominante. Por ejemplo, en la de vistas, y en la de desagüe de edificios, el signo estará en el predio dominante; en la de presa ó parada, en la de paso, acueducto, etc., el signo se encuentra en el predio sirviente.

Cuando no hay indicio alguno exterior de la existencia de la servidumbre, ésta, aunque en realidad se ejercite, será no aparente, y lo mismo debe deducirse cuando el signo no revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre. Son no aparentes las servidumbres de no levantar más alto, y en general, las negativas, las de leñas, caza y otras semejantes.

III.—Servidumbres positivas y negativas

El proyecto de 1851 no consignaba esta división.

Define el Código estas servidumbres con relación al dueño del predio sirviente, lo cual es natural, después de haber definido la servidumbre como un gravamen.

Afecta la clasificación á la misma esencia de la servidumbre ó del derecho. Pero el art. 533 puede estimarse más importante por expresar el contenido de la servidumbre, sea ésta positiva ó negativa, que por las consecuencias que lleve consigo la división, limitadas casi exclusivamente al precepto del art. 538.

Expresa Bianchi que la servidumbre predial presenta en su objeto diversas formas jurídicas, que se distinguen en cinco clases, según que consistan:

a) En un derecho de *uso* sobre el predio ajeno. Esta facultad no se refiere al uso total de la finca gravada ni aun de una parte de la finca, sino solamente á un modo ó forma especial de ese uso que corresponde al dueño del predio dominante. Servidumbres de paso, acueducto, sufrir carga, desagüe de edificios, etc.

b) En el derecho de extraer materia ó producto determinado

del fundo sirviente. Servidumbres de coger leña del bosque, extraer arena, sacar agua, etc. En estos casos se limita la facultad de disfrutar, aunque sólo sea en cuanto á un determinado aprovechamiento de la cosa.

c) En el derecho de impedir al propietario contiguo el ejercicio de determinados actos de propiedad, abstención de hacer que debe producir algún beneficio para el predio ó los predios dominantes. En este caso se hallan las servidumbres de no levantar más alto un edificio, no impedir la vista, no plantar árboles sino á cierta distancia, y todas las legales que tienden sólo á limitar las facultades dominicales de algunos en interés del derecho de propiedad de todos.

En las tres expresadas formas pueden incluirse todas las servidumbres voluntarias conocidas; pero por su naturaleza especial, las servidumbres legales pueden revestir aspectos especiales que hagan consistir la servidumbre.

d) En una cesión parcial de propiedad, ó en el derecho de participar hasta cierto punto de la propiedad del fundo vecino. Servidumbre de medianería.

e) En el derecho de obtener la prestación de un hecho ó de una obra determinada en consideración á una finca ó á una persona, ó en interés público.

Pues bien: estas dos últimas formas de servidumbre, así como las dos primeras, constituyen las servidumbres positivas ó afirmativas, y sólo el grupo tercero encierra las servidumbres negativas. En éste se hallan comprendidas, según doctrina del Tribunal Supremo, las servidumbres de luces y vistas, que, bien miradas, consisten en prohibir ó impedir al dueño del predio sirviente todo acto que tienda á suprimirlas, así es que se reducen á la de no edificar más alto.

El art. 533 contiene una novedad que ha sido y aun ha de ser objeto de censura para muchos de los que se dedican al estudio del Código. Hasta ahora venía admitiéndose que todas las servidumbres consistían en permitir ó en no hacer, respecto al propietario del predio sirviente, sentando como indudable la antigua regla

servitus in faciendo consistere nequit. Y he aquí que, según el Código, se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa ó *de hacerla por sí mismo.* Corresponde esta especie de servidumbre á la que admite Bianchi como consistente en el derecho de obtener la prestación de un hecho ó de una obra determinada.

Existe, desde luego, una limitación de la propiedad ó del derecho del propietario del predio sirviente, en cuanto se le obliga á hacer algo, que no tendría que ejecutar si no existiese el gravamen, y aunque á primera vista parece que se impone una obligación de carácter personal, no es así, sin embargo. En primer lugar, la obligación se impone al *dueño* del predio sirviente, lo que prueba que es un deber que arranca del dominio por la posesión de la finca, y nace sólo en consideración á ésta, de la que es inseparable, y tanto es así, que el dueño del predio sirviente que quiera librarse de esa obligación, puede hacerlo abandonando la finca (art. 599), y aun vendiéndola.

Además, defiende Bianchi el carácter de derecho real de las servidumbres que consisten en hacer, porque el acto positivo que se exige, es simplemente la consecuencia de una obligación negativa ó de abstención: no invadir ó no perjudicar la propiedad ajena. Así, el art. 592 obliga al propietario de un árbol cuyas ramas se extienden sobre una heredad, jardín ó patio vecino, á cortar esas ramas; obligación de hacer, cuya verdadera esencia es una prohibición de que el propietario del árbol invada la propiedad de otro, ocupando un vuelo que no le pertenece. El art. 576 dice, que si el propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera quisiera derribarlo, aun renunciando á la medianería, serán de su cuenta todas las reparaciones y obras necesarias para evitar los daños que el derribo pueda ocasionar á la pared medianera, y aquí debe verse en realidad existente una prohibición ó abstención condicional, la de derribar el edificio, porque este hecho ha de causar daño en la propiedad ajena: si el dueño no se abstiene, queda obligado á reparar. Todas las servidumbres negativas contienen una prohibición que, si se quebranta, dan lugar

á la reparación del daño, y no por ello puede asegurarse que esas servidumbres consistan en *hacer*.

Sea como quiera, los redactores del Código hallaron ya admitidas, y con el carácter de servidumbres nacidas de la ley, algunas que, aparentemente al menos, consistían en hacer, aunque en el fondo fuesen sólo consecuencia de una obligación negativa ó prohibición legal, por lo que, al dar cabida á esas servidumbres en el artículo 533, no hicieron más que reconocer y sancionar un hecho preexistente. De ello resulta, sin embargo, que al generalizar la regla, la ley permite la imposición voluntaria de una servidumbre, por la que el dueño del predio sirviente, como tal dueño, se obligue á hacer algo determinado. Algo parecido, aunque con carácter excepcional, existía ya respecto á la servidumbre *tigni inmitendi*, al obligar al dueño de la pared en que se apoyaba la viga á conservar dicha pared en buen estado para permitir el ejercicio de la servidumbre.

Las obligaciones impuestas en el art. 533 al *dueño* del predio sirviente, son en su caso aplicables al poseedor. En los censos enfitéutico y reservativo, la permisión de actos, prohibición ó prestación de hacer, incumben al censatario. Cuando se hallen separados el usufructo y la nuda propiedad, al usufructuario. Siempre á la persona en quien resida real ó aparentemente el ejercicio del derecho de propiedad, y del mismo modo perteneciendo á una sola persona ó á varias proindiviso.

Las palabras *por sí mismo* del art. 533, no quieren expresar, á nuestro modo de ver, que el dueño del predio haya de ser precisamente el que realice el acto, sino sólo que él y nadie más que él, por su consideración de dueño, es el obligado á hacer. Así, en la servidumbre antes citada que establece el art. 592, el dueño del árbol es el obligado á cortar las ramas; pero sería un absurdo exigir que hubiera de realizar por sí mismo, aun estando enfermo, esa operación: basta que disponga la ejecución del precepto legal y que éste se verifique á su costa.

Códigos extranjeros.—La clasificación de las servidumbres en continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, se encuentra

en los códigos de todos los países por regla general. No así la distinción de las servidumbres en positivas y negativas que, de ordinario, no aparece en ninguno, por más que se utilice en algunos, y aun se acepte la denominación.

En el proyecto del código civil alemán no aparece ninguna de las clasificaciones que acabamos de examinar.

ARTICULO 534

Las servidumbres son inseparables de la finca á que activa ó pasivamente pertenecen.

ARTICULO 535

Las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide entre dos ó más, la servidumbre no se modifica, y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda.

Si es el predio dominante el que se divide entre dos ó más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

Tratan estos artículos de caracteres esenciales comunes á todas las servidumbres, y no de diferentes clases de las mismas, como indica el título de la sección á que corresponden.

Venían admitiéndose como caracteres fundamentales de las servidumbres, la *inherencia*, la *intransmisibilidad*, la *indivisibilidad* y la *perpetuidad*, lo cual, y salvo alguna excepción respecto á este último carácter, se deduce también de las leyes 8.ª, 9.ª y 12 del tít. 31, de la Partida 3.ª

De estos caracteres sólo encontramos dos en el Código, la *inherencia ó inseparabilidad* y la *indivisibilidad*. La intransmisibilidad no es más que una inmediata consecuencia de la primera. La perpetuidad, aparte su carácter relativo, no es una nota constante, y por ello no la expresa nuestro Código.

Entremos en el examen de cada uno de dichos esenciales caracteres.

I.—Inherencia ó inseparabilidad de la servidumbre

Varios autores estudian este carácter con el nombre de *realidad* de la servidumbre, y en efecto, la inherencia ó inseparabilidad, como dice la ley, viene á ser, en el fondo, el reconocimiento del carácter real de la servidumbre que, por excepción, se manifiesta bajo un doble aspecto, activa y pasivamente.

Se observa en primer lugar que el art. 534 se refiere á dos fincas, por lo cual hay que deducir que prescinde de las servidumbres personales, de que se ocupa el art. 531, ó lo que es lo mismo, que respecto á ellas sólo en parte es aplicable el precepto, ya que existiendo solamente una finca, la gravada con la servidumbre, sólo en cuanto á ella, ó sea pasivamente, puede ser aplicado el contenido del artículo. Activamente, la servidumbre personal será en todo caso inseparable de la persona, no de una finca que no es necesario que exista. Examinaremos después esta cuestión.

A. *Servidumbres reales.*—Al definir el art. 530 la servidumbre como un gravamen sobre un inmueble en beneficio de otro inmueble, une ya lo mismo el derecho que la carga de un modo inseparable á cada una de las fincas de que se trate.

Las servidumbres, como dice Díaz Ferreira, son inseparables de los predios, porque no pueden existir sin ellos, como lo accesorio cuya vida depende de lo principal. Y así es, en efecto: suprímase el predio y queda suprimida la servidumbre. Es ésta un accesorio, una *cualidad* de los fundos, sin que esto quiera decir que no tengan por sí mismas una existencia jurídica independiente, en cuyo concepto entran en la categoría de bienes, y como inmuebles se consideran en el núm. 10 del art. 334. Las servidumbres tienen sus modos determinados de constituirse y extinguirse, lo que prueba su valor propio y especial, lo cual no es obstáculo á su carácter accesorio de los inmuebles, á que activa ó pasivamente pertenecen, bien así como la hipoteca no puede existir sin una obligación principal, y, sin embargo, tiene una existencia jurídica independiente

y la voluntad individual le da vida y muerte; pero mientras viven lo mismo la hipoteca que la servidumbre, viven ambas enlazadas al inmueble sobre que gravan.

Es consecuencia de la inseparabilidad de la servidumbre su *intransmisibilidad.* Sólo pueden enajenarse con las fincas por lo mismo que se trata de una cualidad de las mismas. Separada la servidumbre del predio sirviente, no puede ejercitarse; separada del predio dominante, como únicamente para beneficio de éste aparece constituída, carece de utilidad. Además, la enajenación de la servidumbre, como carga, no es siquiera concebible.

La ley 12, tít. 31, Partida 3.ª, decía: «Deuiendo servidumbre vna cosa ó vna heredad á otra, el señor de la seruidumbre non la puede vender, nin enagenar apartadamente sin aquella cosa á quien pertenesce: porque la seruidumbre es de tal natura, que non se puede apartar de la heredad, ó del edifizio en que es puesta. Fueras ende, si lo consintiese el señor cuyo heredamiento, ó casa sirue, ó si la servidumbre fuesse de agua que nasciesse de vna heredad é regasse á otra: ca éste, á quien deuiesse tal seruidumbre, bien podría, el agua que fuesse ya venida á su heredad, otorgarla á otro, para regar campo, ó viña que fuesse cerca de aquella suya.»

Casos son estos excepcionales. ¿Podrán estimarse vigentes?

Primer caso. Se permite la enajenación de la servidumbre, con separación de la finca á que activamente pertenece, cuando consiente en ello el dueño del predio sirviente. Se trata, en apariencia, de la enajenación del derecho por el dueño del predio dominante, pero el exigirse el consentimiento de quien representa al otro predio demuestra que en realidad no existe tal enajenación. Se trata realmente de la extinción de una servidumbre y de la constitución de otra nueva. El dueño del predio dominante renuncia la servidumbre existente á favor de su predio (núm. 5.° del art. 546), renuncia, si se quiere, condicional; y el dueño del predio sirviente constituye nueva servidumbre en beneficio de otra finca. Es evidente también que este cambio de predio dominante no siempre será posible, pues el beneficio en que consiste la servidumbre sólo

puede recaer á veces en determinado inmueble; pero se trata del caso en que ese cambio, ó sea la nueva servidumbre, pueda constituirse.

Segundo caso. Se refiere á la servidumbre de agua que *nasciesse* en una heredad (agua, por consiguiente, de propiedad particular) y se concediese para el riego de otra heredad. El dueño de ésta puede ceder el agua ya venida á su finca á otro propietario próximo. La exposición de motivos de la ley Hipotecaria dice que, en este caso, no existe servidumbre sobre otra servidumbre, sino cesión por el dueño del predio dominante de una parte del agua, que es ya suya desde el momento en que llegó á su destino.

Lo que se dice respecto al agua debiera ser igualmente aplicable á la leña, la arena, etc., en suma, á toda servidumbre que consista en tomar y apropiarse determinado producto del predio sirviente, concretándonos ahora al caso en que esté constituída en favor de otro predio.

Esta doctrina, sin embargo, no nos parece muy conveniente, como observaremos á continuación.

Como consecuencia de la intransmisibilidad del derecho de servidumbre con independencia del predio, dice el art. 108 de la ley Hipotecaria en su núm. 6.º: «No se podrán hipotecar las servidumbres, á menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada.»

Desde el momento en que, según el art. 534, las servidumbres son inseparables de las fincas, y por tanto, intransmisibles, claro es que no son hipotecables por sí solas, y esto lo confirma el art. 1874 al declarar que sólo pueden hipotecarse los bienes inmuebles y los derechos reales *enajenables* impuestos sobre bienes de aquella clase. Esto supuesto, ¿cómo puede hipotecarse la servidumbre de agua para el riego? Se dirá que lo que se hipoteca es el agua, como dice la exposición de motivos de la ley Hipotecaria, y no la servidumbre, como afirma su art. 108. Pero es el caso que el agua, por sí sola, no es propiamente un bien inmueble ni un derecho real, y así puede ser enajenable y no poderse, sin embargo, hipotecar. Y es que en

realidad, aun prescindiendo de esto, al enajenar el agua se separa de hecho del predio dominante el beneficio en que consiste la servidumbre, y ese beneficio se lleva á un tercer predio, por lo que, dígase lo que se quiera, hay una verdadera transmisión total ó parcial de la servidumbre. Al fin, la ley de Partidas reconocía la posibilidad de esa transmisión, aunque sólo en favor de otro propietario próximo á quien también puede ser útil. Pero el núm. 6.° del art. 108 de la ley Hipotecaria, al permitir en absoluto la hipoteca, va mucho más allá que la ley de Partidas, si bien es cierto que, ni todos los acreedores han de aceptar la hipoteca, ni llegado el caso de enajenación por falta de pago del crédito hipotecario, puede á todos convenir la adquisición de lo hipotecado, sea un derecho real, sea sólo una cantidad de agua.

El precepto del art. 534 es absoluto; no cabe excepción. En las servidumbres *reales* el beneficio en que consisten es inseparable de las fincas. Toda separación más ó menos encubierta está terminantemente prohibida. El precepto de la ley 12, tít. 31, Partida 3.ª, en cuanto á la excepción que establece sobre la servidumbre de aguas para el riego, y el núm. 6.° del art. 108 de la ley Hipotecaria, en la parte referente á la misma excepción, deben entenderse derogados.

No entraremos en detalles sobre otros casos de hipoteca que distinguidos comentaristas de la ley Hipotecaria consideran admisibles, ya en favor del dueño del predio sirviente, ya, con consentimiento de éste, en favor de otros propietarios á quienes pudíera también ser útil la servidumbre. El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda ó hipoteca, ni disponer de ellas, según el art. 1859 del Código civil. El derecho del acreedor no puede consistir, por tanto, en quedarse con el derecho hipotecado, caso de no pagársele su crédito, como forzosamente habría de ocurrir en los casos propuestos, sino en promover su enajenación, con lo cual se violaría el principio de la inseparabilidad. En el fondo, sólo existe en las mencionadas hipotecas una redención condicional de la servidumbre, ó la extinción de una y el nacimiento de otra nueva; pero hay que advertir que con su verdadero carácter de redención,

ó renuncia y constitución condicionales, se trata de un acto inscribible, mientras que, como hipotecas del derecho de servidumbre, se trata de actos nulos y no inscribibles por contravenir los preceptos de los arts. 534 y 1859 del Código civil.

La inseparabilidad sólo existe en cuanto á la parte de predio á que afecta la servidumbre.—Mientras solamente se estudia el caso de enajenación de cada una de las fincas por entero, no se encuentra reparo alguno que oponer al principio de la inseparabilidad; pero la enajenación puede ser parcial: ¿sigue siempre la servidumbre á cada una de las partes lo mismo que al todo? Precisa investigar este caso para depurar el verdadero alcance de la inherencia de la servidumbre.

1.º *Predio dominante.*—El dueño de un edificio que disfruta el derecho de luces ó vistas sobre el fundo vecino, enajena la mitad de su edificio formándose finca independiente, y qnedando las luces ó vistas en beneficio de uno solo de los predios que se forman. La servidumbre es imposible que siga á toda la finca primitiva; habrá forzosamente una parte de ella sin hueco alguno sobre el predio sirviente, y por tanto, resultará enajenado el edificio en parte con separación de la servidumbre. En otras servidumbres, la de tomar agua para el riego de una huerta, por ejemplo, el beneficio va con cualquier parte de la finca que se segregue, porque á toda ella se incorpora dicho beneficio.

2.º *Predio sirviente.*—El dueño de un solar ó de una casa no puede en absoluto edificar sobre su finca para no impedir la servidumbre de luces. Enajene en todo ó en parte, ninguno de los adquirentes puede levantar más alto el edificio ó construir sobre el solar: la servidumbre es inherente al total de la finca. Pero si se trata de un acueducto, éste atravesará una porción de terreno, no el total del mismo; al enajenarse una parte por la que no pase el acueducto, es imposible suponer que el dueño de la porción segregada haya de sufrir la servidumbre. Lo mismo ocurre con la servidumbre de paso cuando existe una senda ó camino por el que debe ejercitarse.

Esto prueba que la inherencia ó inseparabilidad sólo hace relación á la parte de finca sirviente ó dominante á que afecta la ser-

vidumbre. ¿La sufre todo el predio ó beneficia todo él? Pues es en absoluto inseparable. ¿Beneficia sólo á una parte ó grava sólo una porción? Pues sólo respecto á esa porción ó parte es inseparable la servidumbre.

B. *Servidumbres personales.*—Hasta aquí nos hemos ocupado en las servidumbres reales. El Código se olvida, ó mejor dicho, no hace mención, al tratar de esta materia, del art. 531, y por tanto, de las servidumbres personales; omisión que, como tendremos ocasión de observar, se repite después con frecuencia.

Con relación al predio sirviente, las consecuencias son las mismas, cosa de todos modos irremediable. ¿Quién va á vender ó hipotecar, no un derecho, sino una carga ó una obligación?

Pero predio dominante no existe. La persona individual ó colectiva en cuyo provecho se establece la servidumbre, ¿puede enajenar su derecho? ¿Aplicaremos el criterio del art. 480 sobre el usufructo, ó el 525 sobre el uso? Nada declara expresamente el Código sobre este particular, sin duda por creerlo innecesario.

El núm. 5.° del art. 107 de la ley Hipotecaria declara que podrán hipotecarse «los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede á salvo el de los demás partícipes en la propiedad». Para la ley Hipotecaria todos estos derechos son formas de propiedad dividida, y cada partícipe podrá hipotecar lo suyo. Pero para el Código, algunos de esos derechos son servidumbres.

Nosotros creemos que de los términos y condiciones en que se halle constituída la servidumbre personal, se deducirá la naturaleza de la misma para el efecto de aplicar la disposición que corresponda, y que en todo caso, tal servidumbre será inseparable de la finca á que pasivamente pertenezca, ó sea del predio sirviente, puesto que no lo hay dominante, conforme á lo que ordena el artículo 534 que estamos comentando.

II.—Indivisibilidad de las servidumbres

Fundándose en la autoridad del derecho romano, viene admitiéndose como verdad inconcusa la indivisibilidad de la servidumbre. Nuestro Código sienta en primer término el principio en el artículo 535. Basta leerlo, sin embargo, para comprender que el pensamiento del legislador sigue preocupado con las servidumbres reales que forman la regla general. Por eso continúa refiriéndose al predio sirviente y al predio dominante.

Defiende Pothier la indivisibilidad de la servidumbre en el siguiente pasaje: «Las servidumbres reales no son susceptibles de partes materiales ni intelectuales, porque repugna que una heredad tenga por partes sobre la heredad vecina un derecho de paso, de vistas, etc., y repugna igualmente que una heredad sea gravada por partes. El uso de la servidumbre puede hallarse limitado á ciertos días y á ciertas horas; pero este uso, aun limitado, es un derecho entero de servidumbre y no una parte de este derecho.»

Desarrollando la idea de Pothier, distinguen los autores entre el derecho de servidumbre, su objeto y el modo de ejercitarle. Aunque el título ó la prescripción limite ó divida en cierto modo el ejercicio de la servidumbre, consistiendo ésta, por ejemplo, en pasar sólo de día por la heredad ajena, ó en tomar agua para el riego en horas determinadas, el derecho de servidumbre permanece uno y entero, y lo mismo ocurre aunque á veces la materia ó producto cuya apropiación constituye la servidumbre sea divisible, como en el caso de sacar agua, extraer arena, coger leña, etc.

Mas es lo cierto, como afirma Bianchi, que la cuestión debe estudiarse precisamente atendiendo al objeto en que la servidumbre consiste, porque es indudable que la servidumbre, como *derecho*, es indivisible: mas con ello nada nuevo ni especial se dice, porque todos los derechos, considerados en sí mismos, son indivisibles. No hablemos de una división material imposible tratándose de objetos inmateriales, como los derechos. La división intelectual tampoco es

posible. Aunque un derecho se diga que pertenece á varios en común, las facultades correspondientes á cada uno de los llamados partícipes no son porciones del derecho originariamente único, sino que constituyen otros tantos derechos independientes y completos. Cada uno de éstos tendrá un *objeto* limitado, consistente, no en la totalidad, sino en una parte (material ó intelectual) de la cosa común, porque la diferencia de cantidad ó la división no recae en el derecho, sino en su objeto. El derecho puede desmembrarse, descomponerse en una serie de facultades (como ocurre con las de gozar y disponer en el derecho de propiedad); pero esto no es más que la separación entre diversas personas de los elementos ó atributos constitutivos del derecho. El derecho, dice Bianchi, no es más que una facultad de acción, y no se concibe que á una persona corresponda un tercio ó un quinto de facultad.

Los derechos son, por lo tanto, todos indivisibles. En su consecuencia, si quiere afirmarse que la servidumbre es indivisible en algún otro sentido *especial*, la indivisibilidad ha de referirse al objeto en que consiste, en el mismo sentido en que se habla de la divisibilidad é indivisibilidad de las obligaciones, no por sí mismas, sino por la naturaleza de la prestación en que consisten.

En este sentido sienta Bianchi la conclusión siguiente: «Los derechos reales que consisten en el *uso* de una cosa ajena, tienen un objeto *indivisible*; los que consisten en una participación del producto de las cosas ajenas, tienen un objeto *divisible*. Porque el uso constituye un *hecho* no susceptible de partes, que se realiza por completo ó no se realiza, mientras que la percepción del fruto ó producto tiene por objeto una *cantidad* y puede realizarse por partes sin que se altere su naturaleza jurídica.» Recuérdese ahora lo que expusimos sobre el objeto de las servidumbres en el comentario del art. 533, y se verá que, en el sentido expuesto, las servidumbres pueden ser, según dicho objeto, divisibles ó indivisibles.

Ahora bien: el Código se limita á sentar el principio de la indivisibilidad ¿Se refiere al derecho en sí mismo, ó al objeto en que consiste?

Dice, en resumen, el artículo, que aunque se divida el predio

sirviente ó el dominante, la servidumbre no se modifica, sino que sigue á todas las partes del predio dividido.

De igual modo, aunque cualquiera de los predios desaparezca en parte, mientras pueda usarse de la servidumbre, subsiste ésta de la misma manera sobre ó á favor de la parte, que sobre ó á favor del todo.

Bien mirado, las aplicaciones del art. 535 son una consecuencia de la *inseparabilidad* de la servidumbre respecto al predio á que activa ó pasivamente corresponde; más que la *indivisibilidad*, sigue sosteniéndose la inherencia, la integridad, la relación jurídica existente y continua, la unión esencial entre el predio y el derecho.

En tal sentido, si una finca usufructuada se divide en tres porciones, sobre las tres continúa existente el usufructo, y cada partícipe ha de tolerarlo en la parte que le corresponda. Esto es cierto, pero prueba la inherencia, el carácter real del derecho del usufructo, sin que nadie pretenda por ello sostener que el usufructo sea indivisible. Sin embargo, en ese sentido se afirma la indivisibilidad del censo y de la hipoteca en los arts. 1618 del Código, y 122 y 123 de la ley Hipotecaria, y en ese sentido habla de la indivisibilidad el art. 535 en cuanto á la servidumbre, como puede también deducirse de la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1892. En ese sentido habremos, por tanto, de estudiar el artículo.

Recuérdese lo que expusimos al tratar de la inseparabilidad, sobre la enajenación en parte de los predios sirviente y dominante, y se verá el alcance que puede darse á la indivisibilidad, porque, en suma, la enajenación de una parte del fundo equivale á la división de que habla el art. 535. Con sólo recordar los mismos ejemplos, se observa que hay casos en los cuales los porcioneros, como les llama la ley, ni tienen que tolerar en su parte de finca ninguna servidumbre, ni pueden aprovecharse de ella, no ya por entero, sino ni aun en parte alguna, lo cual sólo prueba que la inherencia, y su inmediata consecuencia, la indivisibilidad, sólo hace relación á la parte de finca sirviente ó dominante á que afecta la servidumbre.

Veamos los casos que pueden ocurrir:

1.° *División del predio sirviente.*—Estudiada prácticamente la cuestión, hay que determinar en primer término, conforme á lo expuesto, si la servidumbre grava todo el predio sirviente ó una parte de él. En el segundo caso, como dice Bianchi, es claro que el vínculo de la servidumbre afectará solamente al porcionero á quien haya sido asignada la parte gravada, porque sólo ésta constituirá en realidad el fundo sirviente, advirtiendo que no debe confundirse la servidumbre limitada en realidad á una determinada parte de la finca, con aquella otra que afecta á toda ella, aunque se ejercite sólo sobre una parte.

Con arreglo al párrafo primero del art. 535, cada partícipe tiene que tolerar la servidumbre en la parte (suponemos de finca) que le corresponda. Pero como cada parte de finca constituye por la división una finca distinta, lo que ocurre en realidad es que existía un fundo sirviente y se forman tantos como porciones comprenda la división; que existía una sola relación jurídica y se crean varias. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir que al dividirse lo principal, que es la finca, se divide también lo accesorio, que es la servidumbre; que, á semejanza de lo que expresa el art. 1618 del Código civil, puede decirse que nacen tantas servidumbres distintas cuantas sean las porciones en que se dividan las fincas, y esto es tan cierto, que cada uno de los dueños puede, con independencia de los demás, rechazar la servidumbre, en cuanto á su parte de la finca, mediante el ejercicio de la acción negatoria, redimirla, etc., como el dueño del predio dominante puede dejar de ejercitarla ó renunciarla respecto á alguna de esas porciones.

Evidencian la realidad de la división las servidumbres que consisten en la apropiación de un determinado producto, y otras como la de no plantar á determinadas distancias, no edificar, etc., en todas las cuales resulta clara la posibilidad de que unas porciones ó nuevas fincas queden libres, mientras otras permanezcan gravadas.

La especialidad de la servidumbre de paso presenta alguna dificultad en la aplicación del principio sentado. Pero esta misma ser-

vidumbre se ofrece bajo diferentes formas. Puede consistir en el derecho de atravesar indistintamente por una ú otra parte de la heredad ajena, ó en el derecho de pasar precisamente por un camino ó vereda señalado para el uso de la servidumbre. En el primer caso, todas las fracciones del predio sirviente primitivo sufrirán la servidumbre, pero la forma de la división puede facilitar la extinción de la carga respecto á alguna de ellas. En el caso segundo, sólo las fracciones por donde pase el camino ó vereda quedarán gravadas; mas si son varias, como entre todas prestan un solo y único servicio, la extinción se hace sumamente difícil en cuanto á una de las partes, lo cual prueba, no que sea jurídicamente imposible, sino que casi nunca se realizará. Casos habrá, sin embargo, en los que podrá cambiarse la dirección, y de todos modos, la consolidación ó adquisición por el dueño del predio dominante de una de las nuevas fincas en que fué dividido el predio sirviente extinguirá parcialmente la servidumbre.

2.° *División del predio dominante.*—Se trata, como en el caso anterior, de división material.

Dice el Código en el párrafo último del art. 535: «Si es el predio dominante el que se divide entre dos ó más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.»

Realmente ocurre lo mismo que en el caso anterior. Al predio único dominante y á la única relación jurídica existente con el predio sirviente, sustituyen tantos predios dominantes y tantas relaciones como sean las porciones en que la finca dominante se divida. Habrá, pues, tantas servidumbres, de igual extensión todas que la primitiva, ó cada una de ellas de menor extensión objetiva, según los casos, como nuevas fincas, y cada propietario nuevo podrá, con independencia de los demás, ejercitar la acción confesoria respecto á su finca, renunciar la servidumbre, etc.

Varía, no obstante, la extensión del objeto de la servidumbre.

En las que tienen un objeto indivisible, como la de paso, cada nuevo propietario, por la misma naturaleza de la servidumbre, disfrutará la servidumbre por *entero;* tendrá para todos el mismo

objeto y la misma extensión, porque no hay más remedio que atribuirla en total á todos ó no atribuirla á ninguno.

En las servidumbres reales, que consisten en una prestación divisible, el art. 535 dice también que cada porcionero podrá usarla por entero; mas es evidente que el beneficio resultante de la servidumbre habrá de repartirse entre los diferentes partícipes, pues siempre ha de limitarse á las necesidades del predio ó predios dominantes, y así, aunque todos disfruten el derecho por entero, forzosamente la participación de cada predio ha de ser menor que la total.

En la servidumbre que establece el art. 592, de no poder plantar árboles ó arbustos cerca de una heredad ajena sino á determinada distancia, se observa que no es posible conceder la servidumbre por entero en toda su extensión á cada uno de los nuevos propietarios, sino que cada uno de éstos podrá impedir la plantación solamente en la parte del predio sirviente próxima á la suya, como también, si quiere, permitirla. Lo mismo ocurre en la de no levantar, no edificar, etc., cuando se divide el predio dominante.

Y sin embargo, es cierto, como afirma el art. 535, que la servidumbre se usa por todos por entero y por cada uno de ellos por entero, porque aun la misma servidumbre de no plantar, no edificar, etc., sino á ciertas distancias, consiste precisamente en el hecho de impedir algo al dueño del predio sirviente, y ese hecho, con el derecho que envuelve, se usa totalmente por cada uno de los dueños de los nuevos predios, aunque sólo se ejercite en menor extensión de terreno ó finca, y la renuncia de la servidumbre por uno de esos dueños después de la división sólo equivale á la renuncia parcial consentida al dueño único aun antes de que la división se realice ó sin necesidad de ésta.

Estudian también los autores el caso de la división intelectual ó copropiedad en los predios sirviente ó dominante. Como en estos casos cada una de las fincas sigue siendo la misma, la servidumbre permanece también una é indivisa, pudiendo ejercitarse por cada uno de los copropietarios ó debiendo sufrirse por todos, subsistiendo mientras uno solo de ellos la use, y no extinguiéndose aunque

alguno de ellos quiera renunciarla ó intente redimirla; punto sobre el que insistiremos en el art. 597.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1892 declara que «el principio de la indivisibilidad de las servidumbres que, como regla general, establece el art. 535 del Código civil y cuyo objeto es mantener en su *originaria integridad* el gravamen en que consistan, aun en el caso de dividirse entre dos ó más el predio que las disfrute ó el que las sufra, no se opone al derecho que *en absoluto* y *sin limitación alguna* concede *especialmente* el art. 603 del propio Código al dueño de *todo terreno* gravado con la servidumbre de pastos, de redimir esta carga mediante el pago de su valor, sean uno ó más los que tengan el derecho de servidumbre».

No creemos que al art. 603 quisiera dar el legislador la extensión que le atribuye el Tribunal Supremo en la sentencia relacionada, pues concede un derecho cuyo ejercicio debe subordinarse á las reglas generales en materia de servidumbres, y si la de pastos fuese indivisible, como por regla general, y refiriéndose á las reales, afirma el art. 535, no podrían ó no deberían poder extinguirse parcialmente. Lo que hay es que se trataba, en el caso de la sentencia, de la división del predio sirviente, y como dice el Código, cada porcionero tolera la servidumbre en la parte que le corresponde, ó sufre una servidumbre entera *en la parte* de la finca primitiva que le haya correspondido, y nada puede evitar que esa servidumbre se extinga en cuanto á una de las fincas con independencia de las demás, con mayor motivo cuando se trata de servidumbres, como la de pastos, que por su objeto, que es, en suma, una cantidad, es evidentemente susceptible de descomponerse en partes.

El art. 604 declara aplicable la disposición del 603 á las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular. Resulta, pues, y vemos con gusto la tendencia, que estas servidumbres pueden extinguirse parcialmente, ó en cuanto á una de las varias fincas que resulten de la división de la primitivamente gravada. Hubiéramos deseado, no obstante, que el Tribunal Supremo hubiese resuelto la

cuestión de frente, declarando que la extinción parcial es posible sin ofensa del principio de la indivisibilidad, por representar cada nuevo predio una nueva y entera servidumbre.

Las palabras «sin alterar el lugar de su uso ni agravándola de otra manera», se refieren al abuso que pueda hacerse de la servidumbre, perjudicando ó molestando más de lo natural al dueño del predio sirviente, no á la agravación que pueda resultar por hechos naturales y previstos, tales como el aumento de propietarios por la división material ó intelectual del predio dominante.

Códigos extranjeros.—Los arts. 534 y 535 de este comentario, concuerdan con los 2268 y 2269 del código de Portugal, 3006 y 3007 del de la República Argentina, 1197 y 1199 del de Guatemala, 1051 y 1053 de los de Méjico y Campeche.

Los códigos de Italia, Francia y Bélgica suprimen la disposición del art. 534 sobre inseparabilidad, y se refieren á la indivisibilidad, aunque en forma distinta á nuestro Código, en sus artículos 644 y 700, respectivamente.

El proyecto de código civil de Alemania contiene preceptos especiales. Después de afirmar su art. 974 la inseparabilidad é indivisibilidad de la servidumbre respecto al predio dominante, y expresar el 968 que la servidumbre no puede establecerse ni extinguirse por partes, los arts. 975 y 976 se ocupan, respectivamente, de la división del predio sirviente y del dominante, manifestando que la servidmbre continúa en provecho ó á cargo de todas las partes, salvo si el beneficio ó el gravamen se limita á una determinada parcela de la finca, en cuyo caso las fracciones que no comprendan esa parcela no disfrutan ó no sufren la servidumbre.

ARTICULO 536

Las servidumbres se establecen por la ley ó por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales y éstas voluntarias.

El art. 536 contiene una nueva clasificación de las servidumbres por su origen en voluntarias y legales, y el precepto no ofrece duda en su aplicación.

Las servidumbres legales son verdaderas servidumbres. Lo prueba el hecho innegable de que casi todas las limitaciones que con ese carácter se estudian en el Código, pueden también imponerse por la voluntad de los particulares, y si en tal caso se consideran servidumbres, no hay razón para que dejen de serlo cuando aparecen impuestas por la ley. Cuestión distinta es la de si todas las limitaciones que se agrupan bajo el concepto de servidumbres legales merecen en realidad este nombre, ó si, por el contrario, existe en algún caso otra limitación especial; pero este punto no debe ser examinado en este lugar.

Del art. 536 se deduce que la autoridad judicial no puede imponer ó constituir servidumbre alguna. La autoridad judicial puede declarar la existencia del derecho, pero no constituirlo cuando no resulte en realidad dicha existencia; aplica la ley, ó respeta y declara la voluntad de las partes.

Es general en los códigos la distinción de las servidumbres en legales y voluntarias, añadiendo el art. 2271 del código de Portugal las impuestas por la naturaleza de las cosas.



Terminada la sección referente á las distintas clases de servidumbres, se echan de menos otras clasificaciones, tales como las de *rústicas* y *urbanas,* perpetuas y temporales, nominadas é innominadas, regulares é irregulares, la primera de cuyas clasificaciones se contenía en las Partidas y en el proyecto de Código de 1851, y aun subsiste en algunos códigos, como los de Francia y Bélgica, Méjico y Guatemala, etc. Sin embargo, en el desenvolvimiento de la doctrina referente á servidumbres observaremos la inutilidad de tales clasificaciones. En cuanto á las llamadas servidumbres naturales se estudian con las legales, como veremos al comentar el artículo 552.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LAS SERVIDUMBRES

Siguiendo el Código el método ya adoptado en el proyecto de 1882, antes de entrar en el examen especial de las servidumbres legales y voluntarias, estudia en general los modos de su constitución y extinción, y los derechos y obligaciones de los propietarios de los predios sirviente y dominante. En este punto se separa del proyecto de 1851, y de los códigos de Francia, Bélgica, Italia, Méjico y Guatemala.

Los modos de adquirir las servidumbres se comprenden en los arts. 537 al 541, expresando el 542 el efecto propio y natural de la adquisición.

ARTICULO 537

Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título, ó por la prescripción de veinte años.

ARTÍCULO 538

Para adquirir por prescripción las servidumbres á que se refiere el artículo anterior, el tiempo de la posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, ó el que haya aprovechado la servidumbre, hubiere empezado á ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre.

ARTÍCULO 539

Las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean ó no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título.

ARTICULO 540

La falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, ó por una sentencia firme.

Dos son los modos de constituirse las servidumbres continuas y aparentes: el título y la prescripción. Las demás servidumbres sólo se constituyen en virtud de título, el cual puede suplirse, según el art. 540, mediante escritura de reconocimiento ó sentencia judicial, que sea firme.

I.—Título

Con la palabra *título* se refiere el Código al acto jurídico que da nacimiento á la servidumbre, no al documento en que ese acto se habrá hecho constar. Contrapuesta la idea de título á la de prescripción, la primera indica la voluntad expresa, individual ó colectiva, y la segunda la voluntad presunta.

En tal sentido, el título equivale á modo de adquirir y comprende todos los que se determinan en el art. 609 del Código, exceptuando la *prescripción*, que en el art. 537 comprende un grupo aparte, y la *sucesión intestada*, que no encierra acto alguno de expresión de la voluntad, pues en virtud de ella, y prescindiendo de las operaciones particionales y convenios que en éstas puedan establecerse después, se transmiten los derechos que ya existen, mas no se constituyen otros nuevos.

Son, pues, *títulos* constitutivos de las servidumbres, cualquiera que sea su clase, la ley, la donación, el contrato y el testamento.

Suscítase la cuestión de si el título deberá estar consignado en un documento público. En nuestra opinión, ha de atenderse á la naturaleza del título.

No es dudoso que el testamento y la donación de inmuebles ó derechos reales sobre los mismos, requieren formalidades especia-

les. Respecto al primero, hasta el testamento ológrafo y el que se hace en peligro de muerte ó en tiempo de epidemia, han de ser elevados á documento público (arts. 689 y 703). Respecto á la donación, exige el art. 633 para su validez la escritura pública. ¿Podrá decirse lo mismo respecto á los contratos? Creemos que los artículos 1278 y 1279, unidos á los 1254, 1258 y 1225, están bien explícitos. La convención es válida, por regla general, en cualquier forma que se celebre; si después de ser *válida* la convención por mediar el consentimiento y los requisitos *esenciales*, se exige en algún caso escritura pública, los contratantes podrán compelerse recíprocamente á llenar esa *forma.* Y no se diga que se trata de algo más que de una simple obligación, que se constituye un derecho real, porque el art. 1095, como el 609, dan por nacido el derecho real desde que media la tradición, y el art. 1464 supone que hay tradición en los bienes incorporales por el sólo *uso* que haga de su derecho el adquirente consintiéndolo el transmitente.

Dice el art. 1280 del Código, que deberán constar en documento público: «1.° Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.» ¿Quiere decir que no son *válidos* esos contratos en otra forma? ¿Que no obligan á las partes contratantes y á sus herederos? Creemos que no es ese el alcance de la disposición. Pero esta cuestión debe ser examinada en su lugar correspondíente.

Inscripción.—Ahora bien: si no se trata de relaciones entre las partes, sino de relaciones entre *terceros*, según los define la ley Hipotecaria, entonces el título en que se establezca la servidumbre ha de estar inscrito, y para estar inscrito ha de hallarse consignado en documento público (arts. 2.°, 3.°, 23 y 27 de la ley Hipotecaria).

Así, establecida una servidumbre por contrato público ó privado no inscrito, si después el dueño del predio sirviente enajena éste como libre por escritura pública á un tercero que inscribe su derecho y niega la servidumbre, el dueño del predio dominante perderá ésta por no apoyarse en título inscrito; caso resuelto en sentencia de 23 de Octubre de 1890. Mas si ese tercer adquirente del predio sirviente no hubiese inscrito tampoco su adquisición, no hay ter-

cero, con arreglo al art. 27 de la ley Hipotecaria, por no mediar acto alguno inscrito, y la servidumbre tendría que ser respetada. Lo mismo ocurrirá si en el título de transmisión de la finca se hubiese hecho constar la servidumbre, porque el tercero no podría alegar ignorancia.

Recuerdan también la necesidad de la inscripción las sentencias de 23 de Diciembre de 1884 y 13 de Diciembre de 1887, y si bien la de 11 de Enero de 1895 sienta una doctrina contraria, hay que reconocer la justicia de su declaración por las circunstancias especiales que concurrían. Según dicha sentencia, no obstante los artículos 2.°, 13, 23, 25, 27 y 35 de la ley Hipotecaria, quien sin intervenir en el acto ó contrato inscrito, y aun habiendo adquirido la finca como libre, tuvo conocimiento de las cargas impuestas sobre ella, por haber usado él mismo la servidumbre, viene obligado á respetarla, con mayor motivo existiendo signos evidentes que la revelan.

II.—Prescripción

Este medio de adquisición sólo es aplicable á las servidumbres continuas y aparentes, tales como las de luces, vistas, viga, vertiente de tejados, acueducto, estribo de presa y parada.

Respecto á las servidumbres discontinuas y á las contínuas no aparentes, no pueden adquirirse por tal medio, según los arts. 539 y 540. En cuanto á las legales, la prescripción no es necesaria.

La ley 15, tít. 31, Partida 3.ª seguía distinto criterio. Las servidumbres discontinuas, así como senda, ó carrera ó vía, podían ganarse por prescripción inmemorial. Las continuas aun no aparenfes, como la de no levantar más alto, podían ganarse del mismo modo que las continuas aparentes, por la prescripción de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Nuestro Código, en este punto, ha seguido la doctrina admitida por los códigos extranjeros y por la generalidad de los autores. La posesión que conduce á la prescripción ha de ser pública y continua. No existe publicidad en las servidumbres no aparentes; no existe continuidad en las discontinuas, sean ó no aparentes. Luego

estas servidumbres no pueden adquirirse por prescripción. Tal es, indudablemente, la idea de los códigos en esta materia, afirmada por el temor de que una simple tolerancia se convierta en derecho por el transcurso del tiempo.

Preciso es confesar que el ser discontinua una servidumbre es concepto muy distinto de la posesión interrumpida, y que los peligros de la tolerancia debieran hallarse salvados en el art. 1942; pero también es cierto que sería peligrosa la concesión del derecho de prescribir en ciertas servidumbres, porque el hecho de pasar, por ejemplo, una vez cada año por la finca ajena, aun con completa ignorancia del dueño de ésta, una vez probado, podría servir para que se declarase su adquisición.

El art. 537 exige veinte años para la constitución por prescripción de la servidumbre.

Los derechos reales se adquieren, por regla general, mediando justo título y buena fe, por la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, ó sin necesidad de título ni de buena fe, por la posesión no interrumpida durante treinta años (arts. 1930, 1940, 1941, 1957 y 1959).

Es excepción, según el último de dichos artículos, lo dispuesto en el art. 539; hay, pues, derechos reales no prescriptibles, y son las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean ó no aparentes.

Pero, aparte de esta excepción, existe también lo dispuesto en el art. 1938: «Las disposiciones del presente título se entienden sín perjuicio de lo que en este Código ó en leyes especiales se establezca respecto á determinados casos de prescripción.»

Una prescripción especial es la que establece el art. 537. No es de diez años ni de treinta; es siempre de veinte. ¿Se exigirá el título y la buena fe? Evidentemente no, puesto que el término es único. No hay, respecto á las servidumbres continuas y aparentes, distinción entre prescripción ordinaria y extraordinaria; no hay más que una prescripción especial, sea ó no justo el título, medie ó no medie buena fe. Así lo prueba, no sólo la salvedad del art. 1938,

y la especialidad de la disposición del art. 537, muy distinta de la que como general consignan otros artículos, tales como el 468 y el 1620, sino también el precepto del art. 538 que pasamos á examinar.

Desde cuándo se cuenta el plazo para adquirir por prescripción las servidumbres.—«El tiempo de posesión se contará en las servidumbres positivas desde el día en que el dueño del predio dominante, ó el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado á ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre.»

Aquí no hay, por consiguiente, más que una posesión, á la que se fija su punto de partida, y un plazo para esa posesión. Que la posesión debe ser contínua, nadie lo duda, pues si se interrumpe por más de un año, queda cortado el plazo y perdida la posesión (art. 460). Mas no se precisa título ni buena fe.

El art. 538 prescinde de las servidumbres que consisten en hacer, sin duda porque éstas son, por regla general, establecidas por la ley, y si en algún caso las crea la voluntad, exigen la expresión de ésta, no la presunción, siendo de ambas maneras extrañas á la prescripción. Sobre todo, hay una razón para no incluirlas en los preceptos de los arts. 537 y 538: no son servidumbres continuas.

Al hablar de las servidumbres negativas, que todas ellas son no aparentes, el art. 538 quiso sin duda referirse á aquellas que se presentan enlazadas de tal modo á otras positivas, que no se conciben éstas sin aquéllas. No existe verdadera servidumbre mientras exista el derecho de impedir su uso, y así, en la servidumbre de luces, por ejemplo, no se cuenta el plazo de los veinte años desde que se abren los huecos destinados á recibirlas, sino desde que el dueño del edificio en que esos huecos existen prohibe al del predio inmediato edificar ó impedir de alguna manera la luz (véanse las sentencias de 10 de Mayo de 1884, 10 de Enero y 31 de Mayo de 1890).

Así tiene que entenderse, aunque el art. 538 se refiere en ge

neral á las servidumbres negativas, porque la disposición de este artículo está subordinada á la del 537, del cual es sólo un accesorio, y á la del 539, y declarado que las servidumbres no aparentes, sean ó no continuas, no pueden adquirirse por prescripción, dicho se está que las servidumbres negativas, que son todas no aparentes, no pueden constituirse por ese medio. El precepto del art. 538 respecto á estas servidumbres no tiene, por tanto, más alcance que el expresado.

Comentando Filippis el código civil italiano, cuyos artículos 629 al 631 son iguales á los 537, 538 y 539 del nuestro, cree que cuando no pueda dudarse del asentimiento á la servidumbre por parte del dueño del predio sirviente, todas las servidumbres deben estimarse susceptibles de ser adquiridas por prescripción. Cita al efecto dos ejemplos. El primero, que no vemos inconveniente en admitir, se refiere á la servidumbre de paso. El simple hecho de pasar por la finca de otro, aunque sea desde tiempo inmemorial, no basta á establecer la servidumbre; pero si el dueño del supuesto predio dominante construye un puente para ejercitar el paso desde ese momento la servidumbre discontinua de paso se ha convertido en continua y aparente, y puede adquirirse por prescripción; sin que pueda objetarse que sólo se adquirirá el derecho de tener el puente y no el derecho de pasar, porque el puente es medio exclusivamente destinado para el paso, y en el tiempo necesario para prescribir, forzosamente ha debido observar el dueño del predio sirviente que se destinaba al paso y que se pretendía imponer una verdadera servidumbre.

El segundo ejemplo, más difícil de ser admitido como eficaz, se refiere á la servidumbre discontinua de tomar agua de una fuente ó pozo ajeno. El hecho de tomarla, por mucho tiempo que se ejercite, no constituye servidumbre; mas desde el momento en que el perceptor del agua intima al dueño de la fuente que se abstenga de impedir su uso, no puede dudarse de que hay por una parte pretensión de adquirir servidumbre, y por otra, si continúa permitiendo el uso durante veinte años (treinta en la legislación italiana), aquiescencia completa y no simple tolerancia.

Sea cualquiera el valor especulativo de esta opinión, la letra de la ley la rechaza. Las servidumbres positivas, en general, pueden hallarse enlazadas con las negativas; mas en todo caso, la ley exige que la servidumbre en su aspecto positivo sea aparente y continua, y no siéndolo, no cabe la prescripción.

No podemos aún señalar jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre estos artículos del Código, pues la que existe aplica la legislación anterior, que, como hemos dicho, consentía la prescripción de las servidumbres continuas aun no aparentes y de las discontinuas.

El art. 35 de la ley Hipotecaria, que será detenidamente estudiado al ocuparnos de la prescripción, dice: «La prescripción que no requiera justo título, no perjudicará á tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará á tercero la que requiera justo título, si éste no se halla inscrito en el Registro. El término de la prescripción principiará á correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble ó derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo á la legislación común.»

Las muchas cuestiones que este artículo puede suscitar en general, nos veda el adelantar su estudio en este lugar. Con relación á las servidumbres, que hoy han de ser precisamente *continuas* y *aparentes* para ser adquiridas por prescripción, parece que se nota cierta pugna entre la inscripción y la apariencia continua. Si el objeto de la inscripción es hacer público el derecho, y si, como tiene declarado el Tribunal Supremo, el conocimiento probado del gravamen por el adquirente de una finca demuestra el asentimiento de éste, ¿podrá alegar ignorancia por falta de inscripción de la servidumbre el que compra una finca en la que existe un acueducto y lo consiente durante veinte años? Preciso es confesar que, ó sobra la inscripción, ó sobra la apariencia, y que dada la reforma de nuestra legislación en materia de prescripción de servidumbres, no debiera ser aplicable á éstas el art. 35 de la ley Hipotecaria.

Sobre *legislación transitoria* aplicable con relación á la pres-

cripción, nos limitaremos á transcribir el art. 1939 del Código. «La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuese puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo.»

Del mismo modo tiene declarado el Tribunal Supremo que la doctrina de la ley Hipotecaria sobre inscripción de las servidumbres no puede tener aplicación á aquéllas que, á la publicación de dicha ley habían sido ya adquiridas por prescripción (sentencias de 15 de Diciembre de 1880 y 13 de Julio de 1885).

Para terminar el examen del art. 538, haremos las siguientes observaciones:

1.ª Que tanto el ejercicio de la servidumbre como la prohibición al dueño del predio sirviente de un hecho que sin ella sería lícito, puede llevarse á efecto, no sólo por el dueño, sino también por el poseedor, el usufructuario, el enfiteuta, el representante legal ó legítimo, en suma, por quien aproveche la servidumbre, como dice el art. 538 refiriéndose al ejercicio, y represente al dueño en el disfrute de la finca.

2.ª Que la existencia del *acto formal* de la prohibición es un hecho cuya prueba corresponde apreciar á los Tribunales.

3.ª Que con arreglo al art. 539, no pueden adquirirse por prescripción las servidumbres personales, por lo que no deben referirse á ellas las palabras «el que aproveche la servidumbre», del artículo 538.

III.—Escritura de reconocimiento ó sentencia firme

Hemos hecho constar que las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes, *sólo* pueden adquirirse en virtud de título. Esta declaración tiene más trascendencia de la que á primera vista parece, porque, al no poder adquirirse por prescripción, el título tiene que ser verdadero, válido y eficaz; de otro modo, si un título cualquiera, á pesar de sus vicios, pudiese

servir para que quedasen constituídas, serían las servidumbres discontinuas y las no aparentes más privilegiadas que las aparentes y continuas.

Mitiga en lo posible este rigor el art. 540, al declarar que la falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, ó por una sentencia firme.

Si la palabra *título* en este artículo, como en los 537 y 539, significase acto jurídico, la falta de título podría equipararse á la existencia de un título vicioso; pero de todos modos, es lo cierto que al no existir título ó ser éste vicioso, y no permitirse la prescripción, en realidad vendría á reconocerse lo que legalmente no existía, y más que *reconocimiento* de algo preexistente, habría *creación* ó constitución de una relación jurídica. Aun resultaría más anómalo este sentido aplicándolo al medio supletorio de la sentencia firme, porque, ¿cómo podrían los tribunales declarar un derecho que legalmente no puede existir?

En las palabras «falta de título» debemos ver, por lo tanto, la falta de un documento ó medio de prueba justificativo del nacimiento de la servidumbre. Las servidumbres ofrecen con sobrada frecuencia carácter de perpetuidad, hasta el punto de que muchas vienen usándose desde tiempo inmemorial. Pudo establecerse la servidumbre por contrato verbal, ó en virtud de un documento público ó privado que ha sufrido extravío, ó es difícil ó costoso adquirirlo. Pudo ó puede establecerse la servidumbre por prescripción con arreglo á los preceptos anteriores al Código civil ó al artículo 1939 de este cuerpo legal. En todos estos casos la servidumbre existe, su prueba es difícil, y se concibe el reconocimiento y la sentencia. El primero, por la conformidad del dueño del predio sirviente convencido de la verdad del gravamen. El segundo, por su oposición, falta de consentimiento ú obstinada negativa á tolerar el ejercicio de la servidumbre. En este último caso, la prueba se contraerá á demostrar la existencia de dicha servidumbre, bien se hubiese constituído por título, bien se hubiera adquirido por pres-

cripción, y la sentencia se limita á declarar la realidad del gravamen.

La sentencia ha de ser firme, lo cual es lógico y natural, y el reconocimiento ha de hacerse por el dueño, puesto que equivale á la constitución de la servidumbre, y constar precisamente en escritura pública. Aunque la ley no añade esta palabra, su pensamiento resulta claro. Confesamos que para las relaciones entre las partes resulta violento que el mismo dueño, que por documento privado reconoció la servidumbre, pueda después oponerse á ella. Pero, por una parte, el carácter durable de las servidumbres requiere una forma de constitución ó reconocimiento permanente é indubitada, y por otra, donde no alcance el reconocimiento voluntario del dueño del predio sirviente, puede alcanzar la sentencia.

Tanto la escritura de reconocimiento de la servidumbre como la sentencia firme que la declare, son títulos sujetos á inscripción, con arreglo al art. 2.° de la ley Hipotecaria, y dicha inscripción precisa para que pueda perjudicar la servidumbre á tercero.

Códigos extranjeros.—Contienen preceptos casi idénticos al nuestro, excepto en cuanto al plazo de prescripción.

El código de Portugal, arts. 2272 y 2273, se ocupa de esta materia como aplicable solamente á las servidumbres voluntarias ó constituídas por *facto do homem.* Según el primero de dichos artículos, las servidumbres continuas aparentes pueden constituirse por cualquiera de los modos de adquirir declarados en el Código. Según el 2273, las demás servidumbres pueden adquirirse por cualquier medio, excepto la prescripción, sin perjuicio de las ya adquiridas conforme á los usos ó costumbres del país.

Tampoco establecen plazo especial para la constitución de las servidumbres continuas y aparentes por prescripción los códigos de Méjico y Guatemala.

Los de Italia, Francia y Bélgica, fijan en treinta años el plazo para prescribir.

Como medios supletorios en las servidumbres no aparentes ó discontinuas, sólo admite el código de Italia el reconocimiento por escrito del dueño del predio sirviente, con lo cual se halla confor-

me el art. 695 de los de Francia y Bélgica. Los de Méjico y Guatemala añaden, en cambio, al reconocimiento y la sentencia, la confesión judicial, facilitando también mucho la prueba el art. 2293 del código de la República Argentina.

ARTÍCULO 541

La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, á no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, ó se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.

El precepto del art. 541 no sólo no existía en nuestra antígua legislación, sino que podía deducirse claramente lo contrario de la ley 17, tít. 31, Partida 3.ª, según la cual, las servidumbres se extinguen por la reunión de los predios sirviente y dominante bajo el dominio de una sola persona, y se extinguen por la misma causa de modo que no vuelven á renacer, como no se establezcan nuevamente.

A pesar de esto, la jurisprudencia ha venido sosteniendo distinto criterio, aunque mirando bajo diferente aspecto la cuestión, y así, las sentencias de 14 de Septiembre de 1867, 10 de Julio de 1880, 7 de Junio y 7 de Noviembre de 1883, 21 de Octubre de 1892 y 26 de Junio de 1893, declaran que al separarse dos fincas que entre sí tienen algún servicio ó servidumbre establecida, ó al dividirse una finca entre dos diferentes personas, sin que se pacte un modo de disfrute distinto del que usaba el dueño de ambas ó de la totalidad, se entiende subsistente el servicio ó la servidumbre: el signo aparente de dicha servidumbre es un título para que continúe, á no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario.

Los códigos extranjeros se inspiran también en la misma idea. Y es que, en realidad, las servidumbres reales consisten en un servicio prestado por una finca á otra ó por una parte de finca á otra, y mientras ese servicio subsista, subsiste la servidumbre en su esencia, aunque la unidad de propietario ó poseedor en esas fincas ó parte de fincas encubra ó disfrace el verdadero carácter de la prestación. Además, el precepto legal descansa en la voluntad presunta del dueño.

Los escritores y comentaristas aplauden la doctrina del artículo 541, que encierra una reforma importante y útil: no así su redacción. Aunque esta nos parece clara y correcta, no negaremos que podría mejorarse, y aun completarse extendiendo su criterio á casos que sin duda comprende, pero que á muchos parecen dudosos.

Entremos en el examen del artículo. Tres son los requisitos esenciales que exige para la continuación de la servidumbre: 1.º Signo aparente de servidumbre entre dos fincas. 2.º Que perteneciendo éstas á un mismo dueño, pasen á poder de más de uno. 3.º Que no conste expresa ó tácitamente la voluntad contraria de las partes.

Primero.—Signo aparente de servidumbre. No cabe duda que la disposición es solamente aplicable á las servidumbres aparentes, sean ó no continuas, porque el artículo parte del supuesto de que existe un signo aparente de servidumbre, ó sea, como dice el artículo 532, un signo externo, permanente y visible, que revela un uso ó aprovechamiento determinado. Como las servidumbres negativas no son aparentes, puede afirmarse que el art. 541 sólo es aplicable á las servidumbres positivas, mas no á todas ellas, sino sólo á las que presenten el signo aparente que, si bien en todas las positivas *puede* existir, no siempre existe, sin embargo. No basta, pues, el uso ó aprovechamiento determinado, la forma especial de disfrute por el único propietario; la ley quiere precisamente el signo como prueba clara y no controvertible de la servidumbre, y sólo así se concibe que el artículo exprese después que ese *signo* se considera como *el título* de la servidumbre. Puede sostenerse la conveniencia de extender el precepto legal, mas no puede afirmarse que en este punto ofrezca duda su aplicación.

Entre dos fincas. Ya dijimos que el signo podía hallarse, según la especie de servidumbre, en el predio sirviente ó en el dominante. Hay ciertamente casos en los que puede decirse que se halla en ambos, en el sentido de que, establecido sobre uno de los predios, llega hasta el otro, como ocurrirá con un camino, un puente, un acueducto, etc.; mas, propia y materialmente, no está nunca *entre* las dos fincas. El art. 541 no emplea, pues, la palabra *entre* en el sentido material que algunos suponen, y sólo indica que hay un signo que revela el servicio, la servidumbre, el lazo existente entre dos fincas. No es que el signo sitúe entre las dos fincas, sino que aparentemente revela *servidumbre* entre dos fincas. Por eso no puede exigirse como un requisito esencial la *existencia de un signo entre dos fincas*, sino *la existencia de* un signo que indica *servidumbre entre dos fincas.*

Pero, *¿son precisas dos fincas?* La idea de unidad de finca es relativa. El Código no pretende que haya de tratarse de dos fincas tan fijas, que no puedan considerarse bajo otro aspecto como una, ó convertirse en tres ó más, ni puede pretenderlo. Precisamente en la mayoría de los casos, con relación á las fincas rústicas, se tratará de parcelas colindantes que, al pertenecer á un solo dueño y hallarse unidas, constituirán una sola finca. Pero el Código se ocupa de las servidumbres reales, y ya ha afirmado en el art. 530 que las servidumbres exigen *siempre dos predios*, uno que sufra el gravamen y otro al que aproveche el beneficio, y la apariencia de servidumbre ha de revelar idéntico aspecto. En este sentido habla de dos fincas, porque el signo revela un servicio que se presta de una parte á otra parte, y sean las que fueren las unidades reales de fincas que existan, han de estimarse como dos ó graduarse de dos en dos al efecto de la servidumbre.

Añade el artículo, que el signo aparente de la servidumbre entre dos fincas ha de ser *establecido por el propietario de ambas.* Este requisito ya no lo consideramos esencial. En muchos casos, el signo representativo del servicio habrá sido establecido por el último propietario ó por uno anterior para el mejor disfrute de sus fincas; pero en otros muchos el signo existiría ya con anterioridad

á la consolidación y representaría una verdadera servidumbre, que por la consolidación y con arreglo al núm. 1.° del art. 546 dejó de existir.

Los códigos de Italia, art. 632, Méjico, 1143, y Guatemala, 1288, se refieren á un signo establecido ó *conservado* por el dueño de los predios. No cabe duda que es indiferente que el signo fuese establecido por el último propietario ó por uno de los propietarios anteriores, siempre que lo fuese durante la fusión, digámoslo así, de los predios, y así lo admiten Goyena en sus comentarios al proyecto de 1851, y Díaz Ferreira en los del código portugués. Pero si se trata de un signo aparente de servidumbre conservado por el dueño que adquiere dos fincas entre las que existía servidumbre, ¿podremos afirmar con arreglo á nuestra legislación, que al separarse de nuevo las fincas reaparece la servidumbre, ó se considera el signo como título de ella? Mucho respeto nos merece la letra de la ley, pero creemos que no hay más remedio que entenderlo así, ya porque, como hemos dicho, no consideramos este requisito como esencial en el supuesto del artículo, ya porque donde existe la misma razón debe aplicarse la misma regla de derecho, ya porque el artículo no habla de reaparición de la servidumbre, sino de título para su establecimiento, lo cual no se opone á su anterior extinción; ya, en fin, porque la consolidación extingue la servidumbre, y si el propietario común de los predios, lejos de destruir ó hacer desaparecer el signo, lo conserva, en cierto modo puede decirse que lo establece, porque sólo de su voluntad depende que siga existiendo tanto el signo como el servicio ó la servidumbre que representa, y así, al conservar el signo, crea ó da nueva vida á lo que la ley declaró muerto ó extinguido. No parece propia en el espíritu del artículo una investigación acerca de quién y en qué condiciones estableció el signo.

Segundo.—Que perteneciendo ambas fincas ó porciones de finca á un solo propietario, pasen á poder de más de uno. La servidumbre encubierta, digámoslo así, por la unidad de dueño, se hace ostensible, se revela con toda su verdadera importancia al separarse la propiedad de las fincas ó porciones de finca que respectivamente

deben representar el papel de predios sirviente y dominante.

¿En qué forma ha de hacerse la separación? Lo esencial es que la propiedad de las dos fincas se separe; poco importa la causa. El art. 541 así lo demuestra, aunque las palabras «si se enajenare una» y «título de enajenación», pueden ofrecer alguna duda. Para nosotros, sin embargo, lo *esencial* es el signo y la separación, mientras que es *accidental* la enajenación, y así, la división material de lo que se posee proindiviso, la partición por herencia, etc., el mismo resultado que la enajenación debe producir.

La disposición es aplicable lo mismo cuando lo que pertenecía á uno pasa á ser propiedad de dos, que cuando pasa á ser propiedad de más de dos. En todo caso, podrá el signo revelar más de una servidumbre, ó habrá varios signos aparentes de servidumbre; pero cada una de éstas exigirá dos predios y caerá dentro de las prescripciones del art. 541.

Tercero.—Que no se exprese lo contrario al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, ni se haga desaparecer el signo antes del acto de la separación. La ley puede suponer para el establecimiento de la servidumbre la voluntad conforme de las partes, cuando no se dice nada en contrario por las mismas y se dejan las cosas en el mismo estado en que se hallaban; pero no puede presumir esa voluntad cuando claramente se expresa que la servidumbre no debe estimarse establecida, ó cuando se hace desaparecer el signo antes de realizarse la separación.

Como aclaración, sólo añadiremos:

a) Que la declaración en contrario que se consigne en el título ha de ser especial, clara y terminante, no bastando que se diga que la finca se halla libre de todo gravamen cuando se enajena el predio sirviente, como ya resolvió el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Julio de 1880.

b) Que las palabras «hacer desaparecer el signo», comprenden todo acto por virtud del cual deje de ser el signo visible, sin que se requiera su destrucción.

c) Que esta desaparición puede tener efecto en cualquier tiempo, siempre que sea antes del acto jurídico que motive la separación.

d) Que las palabras «título de enajenación» y «otorgamiento de escritura» sólo tienen un valor relativo, porque ni es indispensable un acto de enajenación, como ya quedó expuesto, ni es requisito esencial en una enajenación el otorgamiento de escritura.

Para terminar el comentario del art. 541 haremos constar: 1.° Que la necesidad de la existencia de un signo aparente de servidumbre que sirva á ésta de título, no obsta para que en los casos en que al dividirse una finca (ó separarse dos) sea forzoso el establecimiento de la servidumbre de paso, por ejemplo, para poder entrar y salir, se considere desde luego establecida, no en virtud del art. 541, no aplicable si no existe signo aparente, sino en virtud del art. 567. 2.° Que en las servidumbres cuyo aspecto positivo aparece enlazado al negativo, así como al efecto de la prescripción ha de considerarse preferente el aspecto negativo, al efecto del artículo 541 basta atender al aspecto positivo, y así la existencia de huecos ó ventanas entre dos fincas que fueron de un mismo dueño es bastante para considerar establecidas, al separarse la propiedad de esas fincas, las servidumbres de luces ó vistas, y con ellas las de no edificar ó no levantar más alto, porque sin éstas no podrían existir aquéllas.

Códigos extranjeros. Los artículos 692 y 693 de los códigos de Francia y Bélgica, y los 632 y 633 del código de Italia, expresan que el destino que á sus fincas diere el padre de familia equivaldrá á un título respecto á las servidumbres continuas y aparentes, y por lo mismo que, cuando se prueba que dos predios cuya propiedad se ha separado, fueron poseídos por el mismo propietario, y que éste ha puesto ó dejado las cosas en el estado en que se hallan, queda establecida la servidumbre.

Aparte de esto, concuerda el art. 541 con las 2994 y 2995 del código de la República Argentina, 2274 del de Portugal, 748 del de Holanda, 881 del de Chile, 1288 del de Guatemala, 1143 de los de Méjico y Campeche, etc.

ARTÍCULO 542

Al establecerse una servidumbre se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso.

El precepto de este artículo es tan natural, que habría de sobreentenderse aunque no se expresase. Toda servidumbre lleva consigo todos los derechos necesarios para su uso. De otro modo se concedería un derecho nominal. Como inmediata consecuencia de la constitución de las servidumbres, aparece este artículo en la sección segunda, aunque bien pudiera también encabezar la sección tercera, siguiendo el ejemplo de otros códigos.

Vienen á ser aplicación del art. 542, los 543 y 556, y los artículos 92, 118 y 119 de la ley de Aguas.

Las servidumbres de abrevadero y saca de agua llevan consigo la obligación de dar paso hasta el sitio en que se aproveche el agua; la de acueducto da derecho al paso por sus márgenes, etc. A estas servidumbres, necesarias para el uso de otras, se nombran servidumbres accesorias; tienen exclusivamente su razón de ser en la servidumbre principal. Sólo existen en cuanto son necesarias; sólo pueden reclamarse cuando son indispensables para el ejercicio de la servidumbre principal; al morir ésta, mueren también las servidumbres accesorias.

El art. 639 del código civil italiano dice, que en el caso de hallarse la finca cercada, el propietario debe dejar libre y cómoda la entrada á quien ejercite el derecho de servidumbre. Es libre el ingreso, como dice Filippis, cuando para su ejercicio no se necesita el concurso ajeno; es cómodo, cuando puede pasarse sin obstáculo ni demora, del modo que se quiera. Así, en el caso de que exista una verja, podrá y deberá darse al dueño del predio dominante una llave para abrir y pasar con independencia.

En caso de duda sobre si se trata ó no de medios ó facultades necesarias para el uso de la servidumbre, y no conviniéndose los interesados, resolverán los tribunales, sin que las facultades de

éstos para apreciar los hechos por el resultado de las pruebas suministradas sirvan de obstáculo, á los efectos del recurso de casación, para la declaración que en definitiva pueda hacer el Tribunal Supremo en cada caso.

SECCIÓN TERCERA

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS DE LOS PREDIOS DOMINANTE Y SIRVIENTE

ARTÍCULO 543

El dueño del predio dominante podrá hacer, á su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa.

Deberá elegir para ello el tiempo y la forma convenientes á fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente.

ARTÍCULO 544

Si fuesen varios los predios dominantes, los dueños de todos ellos estarán obligados á contribuir á los gastos de que trata el artículo anterior, en proporción al beneficio que á cada cual reporte la obra. El que no quiera contribuir podrá eximirse renunciando á la servidumbre en provecho de los demás.

Si el dueño del predio sirviente se utilizare en algún modo de la servidumbre, estará obligado á contribuir á los gastos en la proporción antes expresada, salvo pacto en contrario.

ARTÍCULO 545

El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituída.

Sin embargo, si por razón del lugar asignado primitivamente, ó de la forma establecida para el uso de

la servidumbre, llegara ésta á ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, ó le privase de hacer en él obras, reparos ó mejoras importantes, podrá variarse á su costa, siempre que ofrezca otro lugar ó forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante ó á los que tengan derecho al uso de la servidumbre.

Así como los modos de constituirse las servidumbres indican su nacimiento y los modos de extinguirse su muerte, los derechos y obligaciones de los propietarios de los predios sirviente y dominante encierran la vida de esta institución.

De los derechos y obligaciones en general tratan los artículos 543 al 545 de la presente sección, que vamos á examinar. En el estudio de determinadas especies de servidumbre se contienen otros derechos y obligaciones especiales.

Las disposiciones de los artículos 543 á 545 son las legales. Con preferencia á ellas pueden los interesados estipular lo que tengan por conveniente. El título, y en su caso la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente. En su defecto, se aplicarán las disposiciones legales (art. 598).

I.—Derechos y obligaciones del propietario del predio dominante

A. *Derechos.*—El primero y principal derecho que corresponde al dueño del predio dominante, es el de ejercitar la servidumbre, ya consista en un uso ó en un aprovechamiento determinado, ya en la prohibición de un uso.

Además, como dueño, digámoslo así, de la servidumbre, puede enajenarla ó gravarla en unión con el predio, en cuyo favor fué establecida, ó sea respetando siempre el principio de la inseparabilidad, y puede renunciarla con arreglo al núm. 5.° del artículo 546.

Después de estos derechos existe la regla general sentada en el

art. 542. Quien tiene la servidumbre, tiene derecho á todo lo necesario para su uso. Quien quiere el fin, quiere los medios.

Como derechos necesarios para el uso de la servidumbre, corresponden, según Filippis, al dueño del predio dominante: 1.° El derecho á las servidumbres accesorias. 2.° El derecho á las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre principal.

Del primero hemos hablado en el comentario del art. 542.

Al segundo se refiere el art. 543.

Las obras, ó son necesarias para el uso, para poder empezar á ejercitar la servidumbre, ó son necesarias para su conservación, para poder continuar en su ejercicio. Es obra necesaria para el uso de la servidumbre de acueducto, la apertura del canal ó la formación del cauce; para la servidumbre de paso, la construcción de un puente, camino, etc. En cada caso dependerá de la especie de la servidumbre, de la circunstancia del lugar ó de la situación en que se encuentren las fincas entre las que existe el servicio. Serán obras de conservación las reparaciones necesarias para que no se interrumpa ó se perjudique el ejercicio de la servidumbre.

De estas reparaciones, algunas pueden interesar también al propietario del predio sirviente, quien por filtraciones de agua, amenaza de ruina ú otras causas, podría recibir perjuicio por la falta de reparación En este caso, el dueño del predio dominante tendrá, no el derecho, sino la obligación de ejecutar ó hacer ejecutar las obras á su costa, pues de otro modo haría más gravosa la servidumbre.

Si son varios los predios dominantes ó, aun siendo uno solo, éste es poseído por varias personas proindiviso, existe respecto á la servidumbre una comunidad del derecho, y serán aplicables los artículos 394 para el modo de servirse de la servidumbre, 398 para la administración y mejor disfrute de la cosa común, y 399, en relación con el 434, para la enajenación ó gravamen de la cuota correspondiente á cada uno.

B. *Obligaciones.*—Sólo puede usarse la servidumbre para utilidad del predio ó de la parte de predio en cuyo favor fué estable-

cida, y en el modo y forma que resulte del título, de la costumbre en el caso de posesión y prescripción, cuando ésta sea admisible, ó de la ley que limita la servidumbre á lo estrictamente necesario para el destino y el conveniente uso del predio dominante con el menor daño posible para el sirviente. Así, en términos generales, el que tiene derecho á tomar agua para el riego de toda su finca ó una parte de ella, no puede destinarla al riego de otra finca ó de otra porción; si el derecho consiste en servirse del agua para dar de beber á los animales, no puede tomarse para el riego, etc.

Tampoco puede el propietario del predio dominante hacer reforma ó innovación alguna que haga más gravosa la servidumbre al dueño del predio sirviente, pasando, por ejemplo, por un sitio que cause más estorbo, cambiando el sitio de una ventana, etc. Pero podría concederse á dicho propietario un derecho parecido al que otorga el art. 545 al dueño del predio sirviente, cuando la variación de la servidumbre en cuanto á su forma ó lugar beneficiase al propietario del predio dominante sin causar el más mínimo perjuicio ó incomodidad al dueño del otro predio. La apreciación, en su caso, del perjuicio que ocasione ó pueda ocasionar toda alteración en el uso de la servidumbre, no habiendo conformidad entre los interesados, corresponde á los tribunales.

Con relación á las obras de que habla el art. 543, éstas deben hacerse en el tiempo y forma más convenientes, á fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente. Habrá casos en los cuales la inoportunidad resulte evidente ó la forma indudablemente gravosa, y otros en los que puede parecer el tiempo ó la forma indiferentes. Mas si se suscitasen dudas y desavenencias sobre el particular, también esta es cuestión de hecho cuya apreciación corresponderá á los tribunales.

Por último, los gastos necesarios para la construcción de las obras, salvo pacto en contrario, del que ofrece un ejemplo el artículo 599, deben pagarse por el propietario del predio dominante; mejor dicho, la regla general es que todos aquellos á quienes beneficie la servidumbre y tengan por tanto el derecho de hacer las obras, han de tener la obligación de costearlas. Como de ordinario

el beneficio recae en el propietario del predio dominante, á él impone la obligación el art. 543.

Pero aunque la ley habla sólo de dueño, la obligación debe estimarse impuesta, en su caso, al poseedor en concepto de dueño. Dividido el dominio de la finca dominante, el derecho á las obras y la obligación de abonar su importe corresponden al dueño útil, quien ha de disfrutar todas las accesiones de la finca, según el artículo 1632, y es la persona á quien en primer término interesa. Para ello no necesita el consentimiento ni la intervención del dueño directo, pues no se trata de actos de disposición ó gravamen. Esto no obsta para que á su vez el dueño directo pueda también vigilar los actos del dueño útil, y si lo cree conveniente á sus intereses, practicar las oportunas obras ó reparaciones, y pagar su coste.

En el caso de pertenecer el usufructo del predio dominante á una persona y la nuda propiedad á otra, como el usufructo se extiende á las servidumbres, han de tenerse presentes respecto á gastos y reparaciones los artículos 500 y 501.

Por último, el arrendamiento no modifica en nada el precepto del art. 543, por lo que el dueño ó poseedor en concepto de dueño serán en ese caso los obligados.

Servidumbre única que aprovecha á varios predios.—El artículo 544, omitido en la generalidad de los códigos extranjeros, provee á una situación especial determinada por la existencia de varios predios dominantes.

Basta, sin embargo, leer el artículo para comprender que se requiere algo más que un predio sirviente y varios dominantes, porque con sólo estos elementos pueden existir diversas servidumbres independientes; y si las servidumbres son independientes, también lo serán las obras necesarias para su uso y conservación. Tampoco se trata de la comunidad en el dominio de la finca dominante. Se trata en realidad de una sola servidumbre que aprovecha á varias fincas, y cuyo uso y conservación interesa, por lo tanto, á todos y á cada uno de los propietarios de esas fincas; se trata de obras en algo ó para algo que es común á todos, como, por ejemplo, en la servidumbre de acueducto.

En este caso los gastos deben satisfacerse por todos los propietarios en proporción al beneficio que á cada cual reporte la obra. Esta proporción entre el gasto y el beneficio podrá parecer difícil de apreciar en ciertos casos; pero dada la variedad de las servidumbres, la ley no podía hacer otra cosa que sentar nna regla general.

Quieren algunos comentaristas que se atienda al valor respectivo de cada uno de los predios dominantes, representando cada valor una cuota en proporción á la cual deben pagarse los gastos, porque se presume que cada propietario se beneficia de la servidumbre en la fracción ó parte que representa dicho valor. Así, si una de las fincas vale 7.500 pesetas y la otra 2.500, cuando sólo haya dos predios dominantes, el dueño del primero habría de pagar el 75 por 100 de los gastos, y el dueño del segundo el 25 por 100 restante.

No nos parece acertado este criterio. La ley no tiene para nada en cuenta el valor de las fincas, sino sólo el beneficio de las obras, ó si se quiere, el de la servidumbre, en relación, eso sí, no á cada propietario, sino á cada finca. En las servidumbres que consisten en la apropiación de un producto ó materia determinados, como en suma se reducen á una cantidad, la proporción no es difícil. Se trata de la construcción de un pozo para sacar agua, ó de un acueducto para conducirla, ó de su reparación cuando se han hecho casi inservibles para el uso á que se les destina. Si dos fincas tienen derecho á la servidumbre, sus respectivos propietarios deben pagar los gastos, no en proporción al valor de sus fincas, sino en proporción á la cantidad de agua que tengan derecho á utilizar, sea para su consumo, sea para abrevadero, sea para el riego, pues ese que es el beneficio de la servidumbre, es también en realidad el beneficio que reporta la obra. Así, si la finca de A. vale doble que la de B., pero su derecho sólo alcanza á utilizar la mitad de cantidad de agua que éste, B. pagará dos terceras partes de los gastos y A. la tercera parte restante.

En caso de duda ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 393.

Si la servidumbre tiene un objeto indivisible ó el beneficio es para todos idéntico, como ocurre en la servidumbre de paso, á la construcción ó reparación del camino, puente ó vereda deberán contribuir todos los propietarios por partes iguales, porque á todos beneficia la obra por igual; pero el número de propietarios se calculará por el número de fincas dominantes, no sólo porque en realidad el beneficio de las servidumbres reales se establece en favor de la finca y no de la persona, sino porque los varios propietarios proindiviso de una cosa, jurídicamente y en relación á esa cosa, constituyen un propietario único.

El art. 544 en su primer párrafo provee también al caso de que alguno de los propietarios no quiera contribuir á los gastos; sólo puede hacerlo renunciando la servidumbre. Este precepto no es más que una aplicación del art. 395, estudiado al tratar de la comunidad de bienes.

La ley añade que la renuncia se hace en provecho de los demás propietarios, suponiendo, y así es, en efecto, en la generalidad de los casos, que dicha renuncia implica siempre cierto beneficio para los otros partícipes. Por lo demás, es claro que esta disposición parte del mismo supuesto que la anterior del mismo párrafo y artículo: una sola servidumbre disfrutada ó ejercitada por varias personas; la existencia de una verdadera comunidad del derecho.

Cuando hay un solo predio dominante y un solo propietario, éste puede en cualquier tiempo renunciar la servidumbre; mas no por ello se exime de pagar los gastos ocasionados por las obras ejecutadas.

La renuncia, sin embargo, como acto de extinción de la servidumbre, si bien es siempre permitida en el caso del art. 544, ha de hacerse precisamente por el *dueño* del predio dominante, como veremos al comentar el art. 546.

II.—Derechos y obligaciones del propietario del predio sirviente

A. *Derechos.*—El propietario del predio sirviente conserva el dominio de su finca ó de la parte de ella destinada al ejercicio de la servidumbre, pero sin estorbar dicho ejercicio. Puede, pues, pasar por la misma vía, apacentar sus ganados en el mismo terreno, sacar agua de la misma fuente, etc., salvo pacto en contrario.

El segundo párrafo del art. 545 consiente además al dueño del predio sirviente la variación de la servidumbre en determinadas condiciones. Para ello es preciso, por una parte, que por razón del lugar asignado primeramente ó de la forma establecida, llegue á ser muy incómoda al dueño del predio sirviente la servidumbre ó le prive de hacer en él obras, reparos ó mejoras importantes, y por otra, que se ofrezca otro lugar ó forma igualmente cómodos para el ejercicio de la servidumbre, y no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante ó á los que tengan derecho al uso de la misma. Es esta disposición una aplicación del principio *«quod tibi non nocet et alteri prodest faciendum est»*; y en caso de no haber conformidad al efecto entre los interesados, resolverán los tribunales. Pero la apreciación de los hechos por los tribunales inferiores no se opone á que, aun aceptados los mismos hechos y sin alterar el resultado admitido por las pruebas, declare el Tribunal Supremo al conocer del asunto en virtud del recurso de casación, y dejando sin efecto la sentencia, que existe ó no existe el perjuicio, y si se está ó no en el caso del art. 545. Navarro Amandi cita dos fallos de la *Cour* de Casación en Francia, que demuestran que así se ha reconocido por la jurisprudencia francesa.

B. *Obligaciones.*—El propietario del predio sirviente ha de respetar la servidumbre establecida, y como consecuencia de esta regla general, ha de permitir su ejercicio, dejando hacer al dueño del predio dominante, y haciendo él aquello á que estuviere obligado ó absteniéndose de hacer lo que sería lícito sin la servidumbre. No debe hacer tampoco cosa alguna que tienda á disminuir ó perjudi-

car el uso de la servidumbre ó á hacerla más incómoda. No podrá, por lo tanto, cultivar la parte de finca sobre que existe la servidumbre de pastos, ni en general variar el lugar ó forma de la servidumbre, salvo en el caso especial del segundo párrafo del art. 545, en el que le conviene ponerse de acuerdo con el dueño del predio dominante.

Si el dueño del predio sirviente se utilizara en algún modo de la servidumbre, estará obligado, según el segundo párrafo del artículo 544, á contribuir á los gastos en proporción al beneficio que le reporte. No quiere decir la ley que el dueño del predio sirviente disfrute de la servidumbre á título de tal servidumbre, porque ésta no existe en cosa propia, sino que, como dueño, conserve, á pesar de la servidumbre, el derecho de utilizar las mismas cosas que usan ó aprovechan los propietarios de los predios dominantes. Así, si él como dueño utiliza el agua de la misma fuente ó se aprovecha en beneficio propio del acueducto ó de un puente que se destine á salvar una acequia ó barranco que hay en su finca, no existe razón para que deje de contribuir á los gastos que ocasione el uso ó la conservación de esa fuente, ese puente ó ese acueducto.

Puede además haberse obligado el dueño del predio sirviente á costear las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, y en este caso él solo habrá de abonar los gastos; obligación de que puede librarse, según el art. 599, abandonando su predio al dueño dominante, y que no obsta al derecho que á éste corresponde para ejecutar dichas obras, como medio necesario para el ejercicio de la servidumbre: medio que le concede la ley y que no se le puede negar.

Por último, en el caso de variarse la forma ó lugar de la servidumbre en beneficio del dueño del predio sirviente, y sin perjuicio ni incomodidad para el dueño del predio dominante, aquél costeará todas las obras que ocasione la variación. puesto que sólo en su interés se verifican, y así lo dispone expresamente el art. 545. Si la variación ocasiona perjuicio al dueño del predio dominante, y así se declara, puede pedirse por éste la destrucción de las obras y la indemnización de los perjuicios causados, lo primero contra

cualquier dueño ó poseedor del predio sirviente, lo segundo sólo contra la persona que causó el daño.

III.—Acciones.

No se concibe derecho sin acción. Los artículos que tratan de las servidumbres no contienen precepto alguno sobre el particular, como tampoco existe en la mayoría de los códigos extranjeros, pues sólo el de la República Argentina, en sus artículos 2795 y 2806, habla expresamente de las acciones que nacen de las servidumbres. Sin embargo, no hay más remedio que admitirlas.

De las servidumbres, como de todo derecho real, nacen dos acciones. Una que tiende á amparar el derecho mismo aunque se haya perdido su ejercicio, y procede contra todo tercero que pretenda negarlo, y otra que se dirige á proteger su ejercicio, y procede contra todo perturbador de la servidumbre. La primera se llama acción *confesoria*, porque su objeto es hacer confesar la existencia de la servidumbre. La segunda no es más que una aplicación de los interdictos, y no puede negarse al *poseedor* de una servidumbre bajo pretexto de no permitirse la prescripción en ciertos casos, porque equivaldría á negarla también al *propietario*, ó á exigir siempre la prueba del derecho, y no la del ejercicio ó posesión de la servidumbre.

Por su parte, al propietario del predio sirviente corresponden todas las acciones emanadas del dominio, y entre ellas, la acción *negatoria*, que se funda en el principio de que la propiedad es libre mientras no se pruebe lo contrario, y tiene aplicación especial á las servidumbres. Así, al paso que la acción confesoria afirma la existencia de una servidumbre, la acción negatoria sostiene la libertad de la finca. Estas acciones sólo pueden ejercitarse por cada uno de los dueños de los predios dominante y sirviente; mas así como al propietario ó poseedor del predio sirviente le basta probar su propiedad ó su posesión, el poseedor ó dueño del predio dominante ha de probar la existencia de la servidumbre, sea en virtud de título ó por la prescripción, en los casos en que proceda, con arreglo al Código ó á las leyes anteriores.

Además, y según los casos, son utilizables por una parte para defender su dominio libre, y por otra para defender su servidumbre, los interdictos de retener ó recobrar, de obra nueva ó de obra ruinosa, estos últimos de bastante utilidad en los supuestos á que se refieren los artículos 543 á 545. De todos modos, el efecto de los interdictos, en cuanto á aquellas servidumbres no susceptibles de ser adquiridas por prescripción, se contrarresta eficazmente mediante el ejercicio de la acción negatoria, como á su vez la acción confesoria puede servir de recurso supremo y eficaz al dueño del predio dominante vencido en alguna ocasión por el interdicto de retener ó recobrar.

Códigos extranjeros.—Los artículos 1148 de los códigos de Méjico y Campeche, el 1293 del de Guatemala y el 1042 del de la Baja California, además del derecho del dueño del predio dominante á hacer las obras necesarias para la conservación de la servidumbre, le imponen también la obligación de ejecutarlas cuando al dueño del predio sirviente se le cause más gravamen que el consiguiente á la servidumbre.

El 646 del código de Italia concede derecho al dueño del predio dominante para cambiar el sitio de la servidumbre, probando que á él le beneficia y no perjudica al dueño del predio sirviente.

La disposición del art. 544 de nuestro Código no suele hallarse en los de los demás países. Se encuentra, sin embargo, en los de Italia, art. 641, y Portugal, art. 2276.

Por lo demás, los artículos 543 y 545 concuerdan con los 640 y 645 del código de Italia; 697, 698 y 701 del de Francia; 2276 y 2278 del de Portugal; 736 y 739 del de Holanda; 3022 y 3037 del de la República Argentina; 829 y 830 del de Chile; 1292 al 1301 del de Guatemala; 1146 al 1156 del de Méjico, etc.

SECCIÓN CUARTA

DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE LAS SERVIDUMBRES

ARTÍCULO 546

Las servidumbres se extinguen:

1.º Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente.

2.º Por el no uso durante veinte años.

Este término principiará á contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto á las discontinuas; y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario á la servidumbre respecto á las continuas.

3.º Cuando los predios vengan á tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, á no ser que cuando sea posible el uso haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme á lo dispuesto en el número anterior.

4.º Por llegar el día ó realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal ó condicional.

5.º Por la renuncia del dueño del predio dominante.

6.º Por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.

El Proyecto de 1851 sólo fijaba como casos de extinción los tres primeros del art. 546, y el de 1882 comprendía ya cinco, excluyendo sólo la redención.

Nuestro Código establece una doctrina general á las servidumbres, sean voluntarias ó legales, en lo cual no hace otra cosa que imitar á la generalidad de los códigos extranjeros. Sin embargo, la naturaleza de las servidumbres legales no puede menos de imponer

modificaciones, y así, algunos códigos, como los de Méjico y Guatemala, que se han fijado en esta cuestión, dictan reglas especiales sobre la extinción de dichas servidumbres.

Estudiaremos cada uno de los casos de extinción del artículo 546.

I. *Consolidación.*—La reunión en una sola persona de la propiedad de los predios sirviente y dominante, es la primera causa de extinción. El servicio podrá continuar entre las dos fincas, pero el dueño de ambas usa de él, ú obtiene el beneficio por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre.

Para que la servidumbre se extinga, han de tenerse presentes las siguientes reglas:

Primera: Que por predio no debe entenderse toda la extensión de la finca, sino la parte de ella afecta á la servidumbre ó aquella en cuyo beneficio fué establecida.

De aquí se desprenden determinadas consecuencias:

a) Reunida en una sola persona la propiedad de la totalidad de las dos fincas, se extingue la servidumbre.

b) Reunida la propiedad sólo en cuanto á una parte de alguna de las fincas, sólo se extingue la servidumbre cuando precisamente á esa parte afecte activa ó pasivamente, y no tiene efecto la extinción cuando esa parte no constituya propiamente predio sirviente ni dominante, ó cuando la servidumbre afecte al todo y no á la parte, pues respecto á la parte cuyo dominio no se ha consolidado ha de seguir existiendo la servidumbre.

Segunda: Que la consolidación ha de efectuarse en una sola personalidad, y respecto á la propiedad plena, absoluta y perfecta, y no en cuanto á otros derechos reales más ó menos extensos, ni respecto á una propiedad temporal, resoluble ó condicional, porque en estos casos, á lo más, existirá una suspensión de la servidumbre, mas no una extinción que, para ser verdaderamente tal, ha de consistir en una cesación definitiva. La suspensión, sin embargo, lejos de cesar, puede á veces convertirse en extinción, pero será cuando se efectúe en absoluto la consolidación.

Como consecuencia de esta regla, no extingue la servidumbre:

a) La adquisición de un derecho real distinto al dominio sobre alguno de los predios sirviente ó dominante. El dueño del predio dominante adquiere el usufructo ó la nuda propiedad del predio sirviente: la servidumbre no se extingue. Pero si como usufructuario adquiere después también la nuda propiedad, ó como mero propietario se refunde en él más tarde el usufructo, este momento determinará la extinción por consolidación de la servidumbre. Lo mismo cabe decir respecto á los dominios directo y útil.

b) La adquisición de un dominio temporal, resoluble ó condicional. Goyena cita los siguientes ejemplos: «Pedro, dueño del predio dominante, lo vende con pacto de retroventa á Juan, dueño del predio sirviente. Si Pedro hace uso del retracto convencional, continuará ó revivirá la servidumbre, porque la venta se resuelve y es como si nunca hubiera existido. El mismo Juan heredó á Pedro, que legó bajo condición suspensiva el predio dominante á Pablo. Aunque por la aceptación de la herencia haya confusión ó reunión de ambos predios en la persona de Juan, si por existir después la condición pasa á Pablo el predio dominante, será con el derecho activo de servidumbre sobre el de Juan, como si el legado hubiese sido puro.» Puede además citarse el caso del que sólo adquiere la posesión, si antes de llegar á prescribir es vencido por el verdadero dueño, persona extraña á la propiedad del otro predio.

c) La adquisición de una parte proindiviso del dominio. En este caso no se adquiere la propiedad plena indispensable para la extinción de la servidumbre, sino una fracción, porque el dominio se halla representado por todos los comuneros y no por uno solo. Además, no se reune propiamente el dominio en una sola persona, según exige el núm. 1.° del art. 546. Así, en el predio ó en la servidumbre que se posee proindiviso, existe un derecho abstracto, indeterminado, mientras que respecto á la servidumbre ó al predio que se posee por entero existe un derecho determinado y especial. Así también, el dueño del predio dominante, partícipe proindiviso del sirviente, puede oponerse á todo acto acordado por los comuneros que tienda á perjudicar la servidumbre, y el dueño del predio sirviente, partícipe proindiviso del dominante, no puede,

por su sola voluntad, perjudicar ni menos extinguir el derecho que, no á él, sino á todos los comuneros corresponde.

Requiere el núm. 1.° del art. 546 la unidad en el dominio, mas no es precisa la unidad material en la finca; pues pueden realmente seguir existiendo dos distintas, y sin embargo, quedar extinguida la servidumbre. Ejemplo: sobre las fincas de A. y de B. existe servidumbre de paso ó de acueducto á favor de un predio de C. unido al de B. Al adquirir C. el dominio de la finca de A., se extingue la servidumbre que había establecida sobre ella, y, sin embargo, las fincas seguirán siendo dos, separadas por la que pertenece á B.

La reunión puede ocurrir, bien porque el dueño del predio sirviente adquiera el dominante, bien porque el de éste adquiera aquél ó porque un tercero adquiera los dos. El título de adquisición, como dice Filippis, es indiferente; lo esencial es que una misma persona se haga *dueña* del predio sirviente y del predio dominante.

No es propiamente excepción del núm. 1.° del art. 546 lo dispuesto en el 541 respecto á las servidumbres aparentes, porque aun éstas se extinguen desde luego por consolidación, lo cual no se opone al nacimiento de otra servidumbre igual ó distinta, ejercitada en el mismo lugar ó forma, ó en otra forma ó lugar diferentes.

Respecto á las servidumbres *legales*, y limitándonos á las establecidas en interés de los particulares, la regla general es que se extinguen por consolidación; pero renacen en cuanto vuelve á separarse la propiedad de los predios, porque su título, que es la ley, subsiste siempre, y la servidumbre nace en cuanto se presentan medios adecuados para su existencia.

II. No uso.—Se trata de la prescripción extintiva. En ella es regla general que el mero lapso no interrumpido del tiempo basta para la extinción del derecho ó de la acción que el derecho envuelve (art. 1961). De conformidad el núm. 2.° del art. 546 con el 537, fija el plazo para la extinción en veinte años, y en virtud del art. 1938, debemos ver en esto una prescripción especial que escapa á las reglas generales contenidas en los artículos 1962 y siguientes.

Basta, pues, el mero transcurso de veinte años para la extinción de las servidumbres. Pero, ¿desde cuándo se cuenta ese plazo? El mismo art. 546 provee á esta necesidad: «en las servidumbres *discontinuas*, desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre, y en las *continuas*, desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario á la misma.»

Resulta, ante todo, de esta disposición, que las servidumbres todas se extinguen por la prescripción ó el no uso, mientras que sólo pueden adquirirse por tal medio, según los artículos 537 y 539, las que sean continuas y aparentes.

La distinción, respecto al punto de partida para la prescripción, obedece á la misma naturaleza de las servidumbres. Las *discontinuas*, consisten en un acto del hombre. Desde que ese acto no se realiza, cesa el ejercicio de la servidumbre, y si esta falta de ejercicio subsiste durante veinte años, es natural presumir la renuncia ó el abandono del derecho por parte del dueño del predio dominante; más aun que esto, porque el abandono es real y positivo, y la falta de ejercicio implica la falta de necesidad ó utilidad de la servidumbre.

La servidumbre sigue usándose mientras se ejercite por alguien en nombre del dueño.

Pero el punto de partida para la prescripción de estas servidumbres ha de entenderse de un modo racional; cuando hay derecho á pasar, á tomar agua, á coger leña, etc., todos los días ó en cualquier momento, la primera vez que deje de ejercitarse ese derecho servirá de base; mas si el derecho sólo está concedido en ciertos períodos ó en épocas distantes unas de otras, como pasar para la corta ó extracción de pinos, tomar agua en el verano, etc., el plazo no empezará á contarse sino cuando, una vez llegado el tiempo en que debe ejercitarse la servidumbre, deje de usarse de ella.

A la inversa, las servidumbres *continuas* no consisten en un hecho del hombre; una vez puestas en ejercicio, existen por sí mismas, y sin un acto contrario á ellas nunca dejarían de existir (á no mediar otra causa de extinción, como destrucción de la finca,

transcurso del tiempo, consolidación, etc.). Acto indica una acción humana; el acto puede provenir, puesto que la ley no distingue, del dueño del predio dominante, del dueño del predio sirviente ó de un tercero. Debe consistir en un hecho material que sirva de obstáculo al ejercicio de las servidumbres positivas ó constituya una violación de la obligación de no hacer que se impone en las negativas. El acto contrario debe ser, además, visible y permanente.

No puede menos de considerarse un acto contrario á la servidumbre el hecho de construir impidiendo las vistas, el de tapiar una ventana, destruir un acueducto ó estribo de presa, etc. Mas ese acto contrario á la servidumbre, lo mismo que la falta de ejercicio ó uso, en su caso, no son bastantes por sí solos, si después de eso y antes de los veinte años se reponen las cosas al estado en que se hallaban ó vuelve á usarse la servidumbre, porque en estos casos queda interrumpido el plazo para prescribir, como también quedaría interrumpido el término por el ejercicio de la acción confesoria antes de dichos veinte años, ó por el reconocimiento del derecho por parte del dueño del predio sirviente.

Otra observación tenemos que hacer. La prescripción afecta á toda servidumbre que ha nacido legalmente, aunque no se haya llegado á ejercitar. Sin embargo, el segundo párrafo del núm. 2.º del art. 546 supone una servidumbre en ejercicio, porque ni cabe dejar de usar lo que aun no se ha usado, ni se concibe un acto contrario, al menos en todos los casos, á una servidumbre, nacida y posible, pero que no ha llegado á ser real y efectiva. Por ejemplo, el que tiene derecho á abrir una ventana y no la abre durante veinte años, pierde el derecho de abrirla, sin que se necesite más acto contrario, porque éste, aplicado á las servidumbres contínuas, supone, no sólo el derecho á ella, sino su ejercicio ó actividad, sin lo cual la misma continuidad ó discontinuidad de las servidumbres no es concebible.

Servidumbres legales.—En éstas, según Bianchi, hay que apreciar la naturaleza y los caracteres peculiares de cada una para decidir si son ó no susceptibles de extinguirse por el *no uso*. Pueden

establecerse, sin embargo, como criterio directivo los principios siguientes:

a) Hay servidumbres legales que no pueden extinguirse ni por renuncia, ni por prescripción, porque se inspiran en motivos de interés social.

b) Otras servidumbres legales no son susceptibles de una prescripción *extintiva* directa, y sólo cabe extinguirlas indirectamente con la prescripción *adquisitiva* de una servidumbre *contraria*, (como ocurre con la que establece el art. 552).

c) Otras, por último, pueden extinguirse por el no uso, pero sólo en la especie ó forma concreta en que fueron realizadas, permaneciendo imprescriptible el derecho en potencia, esto es, la facultad de reclamar nuevamente el ejercicio de la servidumbre legal, lo que ocurre especialmente en las servidumbres de paso y acueducto.

III. Estado de los predios que imposibilite el uso de la servidumbre.—La disposición del núm. 3.º del art. 546, recuerda por su espíritu la del 514 y núm. 5.º del 513, respecto al usufructo. Las servidumbres se extinguen cuando por el estado de los predios ó por cualquier otra causa se haga imposible su uso. Luego mientras el uso, más ó menos limitado en cuanto al tiempo, lugar y forma, sea posible, la servidumbre no se extingue.

La causa de esa imposibilidad importa poco: un terremoto, una inundación, un incendio, la expropiación forzosa, el derribo voluntario ó impuesto de un edificio, la sequía del manantial, la fuente ó el pozo, etc. La servidumbre de paso, por ejemplo, puede consistir en pasar por cualquier parte de la finca ajena, ó en pasar por una determinada senda ó camino. La inundación de una parte de la finca, en el primer caso, no imposibilita el ejercicio de la servidumbre, pues puede pasarse por la porción no inundada. En el segundo caso, destruído el camino por la inundación, se extingue temporalmente la servidumbre; pero si ese accidente sólo imposibilita el paso por una faja del camino ocupada por el agua, la servidumbre podrá seguirse ejercitando, si no con carro, á pie. La sequía ó el agotamiento parcial del venero ó pozo puede limitar la

servidumbre en cuanto al tiempo ó época para tomar el agua. Para resolver, por tanto, la cuestión de si se entenderá que no puede usarse la servidumbre cuando para usarla sea preciso variar el lugar ó la forma, ha de tenerse en cuenta si se concedió para ser ejercitada sólo en un sitio ó en una forma determinada, ó en cualquier sitio de la finca ó de cualquier modo. Cuando la limitación no resulta evidente, la equidad aconseja no considerar extinguida la servidumbre si puede ejercitarse sin más que cambiar su sitio ó su forma; debiendo también tener presente siempre que lo más comprende lo menos.

Cuando ambos predios ó alguno de ellos, en las servidumbres reales, ó la finca única en las personales, se destruyan ó desaparezcan en absoluto; cuando, en suma, los accidentes son irreparables y excluyen todo remedio de la naturaleza ó del arte (como un terremoto, y aun la expropiación, por regla general), las servidumbres se extinguen para siempre, sin que puedan nunca reaparecer. Por el contrario, cuando los accidentes son reparables, las servidumbres pueden revivir.

La alteración que hace imposible, aunque sea temporalmente, el ejercicio de la servidumbre, puede provenir ó de una fuerza mayor ó caso fortuito, ó de un hecho lícito ó ilícito del hombre. En el primer caso, como dice Filippi, el propietario no tiene acción contra la naturaleza. En el segundo, según la índole propia del hecho, el propietario del predio dominante tendrá libre la acción que le corresponda contra el dueño del predio sirviente ó el tercero que realizó el hecho, y si éste tuvo efecto por parte del mismo dueño del predio dominante, de éste dependerá hacer desaparecer el obstáculo que se oponga al ejercicio de la servidumbre, si es posible la reparación.

Hemos dicho que si la reparación es posible, la servidumbre puede revivir. Revivirá si después el estado de los predios permite el uso (en todo ó en parte) de la servidumbre, «á no ser, añade el núm. 3.º del art. 546, que cuando sea posible el uso haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme á lo dispuesto en el número anterior.»

No entraremos en las cuestiones que suscitó esta doctrina, esta mezcla de la prescripción con la imposibilidad del uso de la servidumbre cuando apareció declarada en el art. 704 del código de Napoleón.

En el derecho romano, la servidumbre quedaba, digámoslo así, dormida, pero no muerta, y así, en cualquier tiempo en que el estado de los predios permitiera el uso de la servidumbre, ésta volvía á poder ser ejercitada. Los códigos modernos no mantienen el rigor de este principio; pero no atreviéndose á romper con él en absoluto, mezclan esta cuestión con la de la prescripción, y sólo consienten que reviva la servidumbre dentro de diez, de veinte ó de treinta años. No parece muy consecuente el principio que adoptan los códigos al tratar de las causas de extinción de las servidumbres. Si la consolidación las extingue, á pesar de seguir existiendo los predios y tal vez el servicio, ¿por qué la destrucción de una de las fincas sólo ha de dejarla en suspenso? Sea como sea, el Código español acepta la doctrina de los códigos extranjeros, y esto puede defenderse admitiendo que el verdadero fundamento de la prescripción no es una vana presunción de la voluntad, sino el hecho real y evidente del abandono ó falta de ejercicio, cualquiera que sea la causa que lo motive. En este sentido el precepto del núm. 3.º del art. 546 no es más que una consecuencia de la acertada supresión en el derecho moderno de la antigua regla: *contra non valentem agere prescriptio non currit*.

Prescindiendo de esto, el número anterior á que se refiere el 3.º, no sólo trata del tiempo necesario para prescribir (veinte años), que es á lo que parece aludirse al decir: «*por el tiempo suficiente* conforme á lo dispuesto anteriormente», sino también al punto de partida para computar ese plazo. ¿Será este punto de partida aplicable también al núm. 3.º? ¿distinguiremos entre las servidumbres continuas y discontinuas? El art. 633 del Código civil italiano no da lugar á esta duda: el plazo se cuenta, según él, desde que existe la imposibilidad.

Los comentaristas del Código español, llevando hasta el último extremo las consecuencias de la cita al núm. 2.º del artículo, dis-

tinguen también en el 3.° las servidumbres discontinuas de las continuas, y en éstas exigen como punto de partida el acto contrario á la servidumbre, no bastando sin esto que transcurran veinte años, ni treinta, ni ciento, desde que se hizo el uso imposible.

No creemos necesaria esta solución y nos parece más acertada la contraria. En el caso del núm. 3.° del art. 546 el punto de partida resulta evidente y no es necesario recurrir á buscar fuera de él lo que en el mismo se encuentra. Además, la referencia al núm. 2.° claramente se expresa que es en cuanto al *tiempo suficiente* para prescribir. Por último, el acto contrario á la servidumbre, si no siempre como acto, existe como hecho fatal é ineludible lo mismo para las servidumbres continuas que para las discontinuas en el núm. 3.° Las servidumbres de luces y vistas, por ejemplo, lo mismo se extinguen por el hecho de edificar, impidiéndolas, que por el de tapiar los huecos ó ventanas que las disfrutan: en ambos casos se hace imposible el uso. Luego, si el edificio de las ventanas ó huecos se derriba ó destruye, esos huecos ó ventanas dejan de existir, la servidumbre es imposible; hay un hecho que la inutiliza, hecho que no puede menos de estimarse contrario á la servidumbre; basta contar desde él, y como al extinguirse la servidumbre de luces, la de no levantar no tiene ya razón de ser, ésta, como aquélla, quedará extinguida. Digamos lo mismo de las de acueducto, vertiente de tejados, apoyar una viga, etc. Basta, por tanto, siempre el transcurso del tiempo. A lo más, se podrá decir que el plazo puede interrumpirse, pero nunca que deja de empezar á correr.

Las *servidumbres legales* se pueden extinguir por este medio, en absoluto, si el accidente es irreparable; pero sólo en la forma expresada al ocuparnos del *no uso*, si las cosas pueden volver en todo ó en parte á su antiguo estado.

IV. Llegar el día ó cumplirse la condición.—Obedeciendo á veces las servidumbres á causas transitorias, ó estimándose innecesarias bajo determinados supuestos, es evidente la posibilidad de que sean temporales, ya con relación á un período determinado, ya dependiendo su existencia de un hecho incierto cuyo cumplimiento puede resolverlas. El precepto del núm. 4.° del art. 546

es, por lo tanto, racional. La misma ley, como puede verse en los artículos 568 y 569, nos presenta ejemplos de servidumbres temporales. Llegado el día ó cumplida la condición, y atendiendo para ello al título constitutivo ó á la ley, según los casos, la servidumbre se extingue.

Sólo debemos advertir, en cuanto á las servidumbres *legales*, que la vida concreta y particular de cada una podrá extinguirse por transcurrir el plazo de una concesión ó dejar de ser por entonces necesaria; pero existe siempre la posibilidad de que renazca, ya en virtud de nueva concesión, ya presentándose de nuevo circunstancias adecuadas para su necesario establecimiento.

V. Renuncia.—La quinta causa de extinción de la servidumbre es la renuncia de ella por el dueño del predio dominante. La renuncia es un acto de dominio, es realmente una facultad de disposición, y así se requiere para ella, por un lado, la cualidad de *dueño*, por otro la *capacidad* para enajenar. La imposición de una servidumbre pasiva tiene efectos parecidos á los de la renuncia de una servidumbre activa, por lo que deben estimarse aplicables á este caso por analogía las disposiciones de los arts. 594 al 597, referentes á aquél. El dueño directo y el útil, el usufructuario y el nudo propietario, el condueño, etc., no pueden, pues, eficazmente y con independencia renunciar en absoluto la servidumbre. Los actos del *poseedor* del inmueble llevan consigo la misma amenaza que el derecho principal ó posesión en que se fundan.

La renuncia puede ser *traslativa* ó *extintiva*. La primera, si se hace en favor de un tercero, sólo es posible respetando el principio de la inseparabilidad de la servidumbre; si se hace en favor del dueño del predio sirviente, puede tener una causa *gratuita* ú *onerosa*. Siendo la causa onerosa, existirá una verdadera redención, de la cual trata el núm. 6.° La renuncia extintiva sin determinar á favor de quién, y aun la traslativa hecha gratuitamente en favor del dueño del predio sirviente, forman el objeto propio del núm. 5.° que estamos comentando, y sus efectos son idénticos. La servidumbre, abandonada por su dueño, es atraída por la propiedad, como todo objeto terrestre abandonado á sí mismo es atraído por la

tierra. De la propiedad se desmembró ese derecho, y á la propiedad vuelve en cuanto se rompe el lazo ó se destruye la fuerza que mantenía la separación.

Dispútase también si la renuncia ha de ser *expresa* ó *tácita*. Un hecho claro de renuncia tácita puede ser el de tapiar una ventana el mismo dueño del predio dominante, y sin embargo, éste hecho no extingue, *ipso facto*, la servidumbre, y sólo servirá de punto de partida para la prescripción. En las servidumbres discontinuas el sólo hecho de dejar de usarlas parece que indica una renuncia, y, no obstante, no basta para extinguirlas. Parece, pues, lo más acertado exigir que la renuncia sea expresa como regla general, sin perjuicio de que los tribunales aprecien en circunstancias excepcionales la existencia de una renuncia evidente deducida de actos que indudablemente la revelen.

Según el núm. 1.º del art. 1280, deberán constar en documento público, entre otros actos y contratos, los que tengan por objeto la extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. En su lugar oportuno estudiaremos el alcance de esta disposición.

Pueden renunciarse las servidumbres *legales* establecidas en interés particular, mas no así las de utilidad pública.

VI. Redención.—Es el acto de librar al predio sirviente de la servidumbre, mediante cierta cantidad ó determinada prestación. Nos referimos á lo que queda expuesto respecto á la *renuncia*.

Otras causas de extinción.—Suelen añadirse por los autores otras causas de extinción de las servidumbres, tales como la *anulación ó resolución del título constitutivo de la servidumbre*, *la resolución del derecho del concedente*, *el abandono del fundo sirviente* y *la expropiación por causa de utilidad pública*. El primero y segundo caso no son, como afirma Bianchi, verdaderas causas de extinción, porque ésta supone un suceso ordinario que termina una existencia que se desenvuelve normalmente, mientras que aquella anulación ó resolución destruye el acto en su origen y supone que no ha llegado á existir.

El abandono del predio sirviente, hecho en favor del dueño del predio dominante (art. 599), extingue la servidumbre, mas no pro-

piamente por el abandono, sino por la consolidación. Hecho en favor de un tercero, la servidumbre subsiste. Hecho en absoluto, convierte el predio en cosa *nullius*, que es ó no ocupada por un tercero. En el primer caso, no se extingue la servidumbre. En el segundo, de dudosa realización, la cuestión se reduce á resolver si puede existir servidumbre sobre un fundo sin dueño, siendo la opinión más admitida la de que subsiste el derecho, pero cambiando de naturaleza y carácter, porque la servidumbre, más que carga de una finca, es carga de la propiedad ó dominio de ella.

Por último, la expropiación por causa de utilidad pública puede considerarse incluída en el núm. 3.º del art. 546, como expusimos en su lugar.

Además de las causas de extinción *generales* á todas las servidumbres, hay otras *especiales*, como la redención que puede estimarse forzosa, establecida respecto á la servidumbre de pastos en el art. 603, y generalizada á otras servidumbres por el art. 604, y otras que expondremos en su lugar correspondiente.

La disposición del art. 546 es aplicable á las servidumbres *personales*.

La extinción de las servidumbres es un acto *inscribible*. Recordamos el art. 77 de la ley Hipotecaria, del cual nos ocupamos al comentar el 462 del Código.

Códigos extranjeros.—Los de Francia, Bélgica é Italia sólo consignan como casos de extinción los tres primeros de nuestro art. 546. El código de Portugal fija tres: confusión, no uso y renuncia. Los códigos de Méjico y Guatemala separan las servidumbres voluntarias y legales, y respecto á aquéllas establecen cinco causas de extinción, resultando las mismas que en nuestro Código, por refundir en una sola la renuncia y la redención.

ARTÍCULO 547

La forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma, y de la misma manera.

Forma de la servidumbre es el modo ó manera como se ejercita. La forma es accidental; la prescripción de la forma no afecta al fondo, que es la servidumbre misma, y por lo tanto, mientras ésta se ejercite en una ú otra forma, no debiera poder extinguirse. No siempre ocurre así, sin embargo.

El art. 547, aunque colocado en la sección correspondiente á los modos de extinguirse la servidumbre, es también aplicable á los modos de constituirse, en cuanto legalmente es posible, porque si la forma primitiva de la servidumbre se extingue, y, sin embargo, la servidumbre subsiste, se ha de haber adquirido por prescripción la nueva forma en que se ejercita. Mas esto sólo es posible cuando la servidumbre misma puede adquirirse por prescripción, ó sea con relación á las contínuas y aparentes. Como dice Navarro Amandi, la regla admitida por los autores es la siguiente: «todas las servidumbres pueden ser disminuídas por prescripción en el modo y forma de usarlas; solo las continuas y aparentes pueden ser aumentadas ó mejoradas por prescripción.»

De aquí que cuando el modo de usar la servidumbre sea enteramente distinto del que se pactó, puede ocurrir que la servidumbre que se impuso se extinga, y no nazca en cambio ninguna otra. Tal sucede, por ejemplo, en las servidumbres discontinuas. Juan adquiere el derecho de tomar agua en la finca de Pedro, pero precisamente de determinada fuente ó pozo. Por su conveniencia, Juan toma el agua durante veinte años de otro pozo ó fuente de la misma finca, y así pierde por prescripción el derecho de tomarla en el lugar que se fijó, y no adquiere, por tratarse de una servidumbre discontinua, la facultad de extraer agua de la otra fuente. Si no se determinó taxativamente el lugar ó sitio donde podía ejercerse la servidumbre, aunque se empezase á tomar el agua de una fuente, puede adquirírse por prescripción el derecho de tomarla en otra distinta. Lo mismo puede decirse de la servidumbre de paso. Pero si bien se observa, en estos casos no había necesidad de prescribir, puesto que el título autoriza á ejercitar en un sitio ú otro la servidumbre. A lo más, puede sostenerse que autorizada bajo una forma general la servidumbre, el uso de un modo determinado con-

solida sólo este derecho, y hace perder el que pudiera haberse ejercitado en otro tiempo, sitio ó forma: opinión que consideramos admisible.

Dupret y otros autores sostienen que el que usa de la servidumbre en la medida de sus necesidades ó de su conveniencia, la conserva íntegramente aunque no haya hecho todo lo que estaba autorizado á hacer, ó aunque lo haya hecho sólo en forma, en sitio determinado. Así, autorizado el paso á pie ó en carruaje, aunque durante veinte años sólo se pase á pie, no se pierde por ello el derecho de pasar en carruaje; autorizada la extracción de agua todos los días, aunque sólo se ejercite una, dos ó tres veces por semana, no quiere decir esto que se pierda la facultad de tomarla á diario; autorizado el dueño de un edificio para abrir en él cuantas ventanas quiera, el hecho de abrir dos ó tres no implica á los veinte años la prohibición de abrir más, etc.

Sin embargo, la admisión de esta doctrina haría casi inútil la que establece el art. 547, que principalmente parece atender á la prescripción extintiva. Dice Goyena que el que está autorizado para abrir tres ventanas, si abre cuatro *adquiere* por prescripción á los veinte años este aumento de servidumbre, y si abre dos, á los mismos veinte años *pierde* por prescripción el derecho de abrir la tercera. Del mismo modo, si se autoriza una ventana y se abre un balcón ó viceversa, puede adquirirse ó perderse la forma. Luego el que pudiendo pasar en coche, pasa sólo á pie durante veinte años, pierde por prescripción el derecho de pasar en coche.

Esta nos parece la recta inteligencia del artículo, porque al efecto de la prescripción extintiva ha de seguirse la misma norma en toda clase de servidumbres, sean continuas ó discontinuas, y porque lo contrario conduciría á sostener que la falta de *ejercicio* de un derecho durante el plazo necesario para prescribir, no extingue ese derecho, sin que pueda afirmarse que no se trata del derecho sino de su forma, porque según el art. 547, la forma se prescribe como el derecho mismo. Y la solución que adoptamos es lógica, porque los hechos vienen á demostrar que sólo es necesaria la servidumbre en la forma ó medida que se ejercita, y toda duda

ha de resolverse en favor de la libertad ó menor gravamen posible de las fincas.

Dice el art. 547, que la forma de la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera. Estas últimas palabras indican, si han de tener algún sentido, no ya que el plazo para la prescripción es el mismo, sino que también ha de contarse ese plazo de la misma manera. Y así es, en efecto, sin que sea preciso, como quieren algunos comentaristas, distinguir, al efecto de la prescripción *extintiva*, entre las servidumbres continuas negativas y las positivas, exigiendo en el primer caso un acto contrario que sirva de punto de partida á la prescripción, y bastando en el segundo el uso en una forma ó modo diferente. Al hablar así, se olvida que el usar la servidumbre de un modo distinto al establecido es precisamente un acto *contrario* á ella, si no en su esencia, sí en cuanto á su forma. Por esto creemos indiferente entenderlo de un modo ú otro, porque en el fondo viene á decirse lo mismo. Hay que tener en cuenta, como dijimos en otro lugar, que la servidumbre existe desde que se establece, aunque no se ejercite; que la distinción en continuas y discontinuas se funda precisamente en el modo de su *ejercicio*, y que así como el que tiene el derecho de abrir una ventana pierde la servidumbre si durante veinte años no la abre, del mismo modo el que tiene el derecho de abrir tres huecos y sólo abre dos, ó el que pudiendo tener un balcón sólo abre una ventana, pierde á los veinte años, sin más acto contrario que la falta de ejercicio del total objeto de la servidumbre, el derecho á mejorarla.

Concuerda el art. 547 con el 708 del código de Napoleón, el 668 del de Italia, 756 del de Holanda, 3063 del de la República Argentina, 1303 del de Guatemala, 1158 de los de Méjico y Campeche, 888 del de Chile, etc.

ARTÍCULO 548

Si el predio dominante perteneciera á varios en común, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripción respecto de los demás.

Este precepto es una consecuencia necesaria de los principios relativos á la comunidad. Los actos de cada comunero favorables á la comunidad aprovechan á todos; los contrarios á los intereses de la comunidad no perjudican á los otros comuneros. De aquí se derivan los preceptos siguientes:

La prescripción ganada por un comunero aprovecha á los demás (art. 1933). El uso de la servidumbre hecho por uno de los comuneros impide la prescripción respecto á los demás (art. 548). Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios (art. 597). Para extinguir una servidumbre existente á favor de un predio que se posee proindiviso no basta la renuncia hecha por uno de los coposeedores. La suspensión ó interrupción de la prescripción realizada por uno de los copropietarios aprovecha á los demás.

No necesita el artículo mayor explicación.

Concuerda el art. 548 con el 2281 del Código de Portugal, 709 y 710 de los de Francia y Bélgica, 671 y 672 del de Italia, 757 del de Holanda, 1159 y 1160 del de Méjico, 1304 del de Guatemala, 886 del de Chile, 3061 del de la República Argentina, etc.

CAPÍTULO II

De las servidumbres legales.

El concepto y alcance de los límites legales de la propiedad inmueble han variado muchísimo á través de la historia: los límites consuetudinarios ó legales, sí, han existido siempre; la concepción de la propiedad absoluta, tal cual en la idea puede imaginarse, como propiedad personal sin límites, es una noción teórica abstracta; lo que hay es que no siempre han alcanzado aquéllos el mismo rigor, ni se han presentado formando un verdadero sistema de condiciones jurídicas de la propiedad en el doble concepto histórico de pú-

blicas y privadas. Esta composición orgánica de los límites del derecho de propiedad es quizá una de las obras más genuinas del derecho moderno; por eso se puede afirmar que, en el régimen contemporáneo de la propiedad, una parte importantísima es la del sistema de las limitaciones *legales* á que aquélla se halla subordinada. No sería fácil, ni es además necesario, exponer aquí de una manera completa el contenido que implica el concepto general de los límites de la propiedad en sus especiales determinaciones. Después de todo, no tratamos ahora de darnos cuenta de las condiciones todas que definen, ordenan y limitan el ejercicio de la propiedad en la vida social. Pero aun cuando no atendamos por entero á las exigencias que aquella exposición supone, sí conviene fijarse en el organismo general de las principales categorías de limitaciones legales, para orientarnos respecto del valor y significado de las servidumbres que estudiamos.

Un insigne escritor del derecho civil, Bianchi (1), se fija al efecto que perseguimos en las dos siguientes categorías de limitaciones bajo que la propiedad se produce. Hay: 1.°, límites que se refieren á la propiedad por el lado *extensivo*—por ejemplo, entre otros, el que supone la distinción del subsuelo como base de distinción de la propiedad minera;—2.°, límites que se refieren á la propiedad por el lado *intensivo*, circunscribiendo las facultades que entraña su contenido (2)—su objeto es disciplinar el ejercicio concreto de la propiedad;—naturalmente, en esta categoría es en la que debemos colocar las llamadas *servidumbres legales*, que son, de entre todas las limitaciones al derecho de propiedad, las que aquí nos importan (3).

---

(1) *Trattato delle servitù legali*, vol. 1.°, pág. 19.

(2) Véase, á propósito de esta distinción primera, á Ihering, *Zur Lehre von der Beschränkungen des Grandeigenthümers im Interesse der Nachbarn (Iahrbüchern für die Dogmatik*, etc., VI, 81), §§ 1, 3, 4.

(3) Bianchi, obra citada, vol. 1.°, pág. 20, añade: «..... 3.°, limitaciones *subjetivas*, relativas á la capacidad personal; 4.°, limitaciones nacidas del *derecho de familia* (v. gr., la legítima), y 5.°, limitaciones (impropias) en que se resuelve el derecho de propiedad» (v. gr., la pérdida). El mismo Bianchi

Pero ¿qué son en concreto las *servidumbres legales?* ¿Todas las limitaciones *legales* de la propiedad—por el lado intensivo—son servidumbres legales? Hace falta resolver esta cuestión para poder: 1.°, fijar el concepto racional de las servidumbres legales; 2.° criticar el contenido que el Código atribuye al concepto de servidumbres legales;—en efecto, todas las limitaciones de la propiedad que el Código comprende en este capítulo, ¿son verdaderas servidumbres?—y 3.°, investigar el concepto legal posible de las servidumbres según nuestro Código civil.

No es ciertamente fácil precisar el concepto de las servidumbres legales. Andan los autores muy discordes, según puede verse consultando las obras de Aubry y Rau, Laurent, Touiller, Ihering, Windscheid, Freund, Bekker, Brugi, Bianchi, Pacifici y tantos otros, y los comentarios hasta ahora publicados entre nosotros acerca del Código civil. Por de pronto, no es nada claro el origen histórico del término, ni está clara su aplicación primera á las relaciones de vecindad, esto es, á las limitaciones que en el ejercicio del derecho de propiedad imponen, no sólo el supremo interés del beneficio y de la utilidad públicos, sino la proximidad de los fundos y la contigüidad consiguiente de las actividades jurídicas personales. La cuestión capital, de interés practico, está en saber si el concepto tradicional romano de la servidumbre—como gravamen, como peso en propiedad ajena en beneficio de una finca distinta de otro dueño—es aplicable á las limitaciones contenidas en la expresión de servidumbres legales. Realmente, si nuestro derecho no tuviera una tradición romana tan obligada, si el organismo de nuestras instituciones jurídicas hubiera seguido otro proceso, y la noción de las servidumbres no se hubiera formado desde el punto de vista de gravamen—limitación,—sino desde el punto de vista con-

---

expone el sistema de las limitaciones á que está sometida la propiedad, de Aubry y Rau. Estas limitaciones, unas tienen su razón de ser en las necesidades financieras (v. gr., el impuesto), otras en motivos de *economía y prosperidad pública* (v. gr., la expropiación, ciertas *servidumbres legales*), y otras, en fin, en motivos de *salubridad y seguridad públicas* (v. gr., servidumbres militares).

trario de la cooperación—en cuanto el gravamen implica un servicio,—punto de vista, como advierte Tarde, del derecho musulmán (1). la cuestión no tendría importancia. Pero sí la tiene por la razón indicada. El término *servidumbre* es un término jurídico que ha penetrado en nuestro derecho, por el derecho romano y según su espíritu; y al aplicarlo, aunque sea en un sentido extensivo, es preciso hacerlo sin desconocer las exigencias de su concepto fundamental.

Ahora bien: el empleo de las palabras *servidumbres legales*, ¿es de origen romano? ó aunque no lo sea, ¿es de filiación ideal romana? Bianchi, á pesar de lo que opinan no pocos romanistas (2), cree que acaso puede encontrarse la primera causa, ó á lo menos la ocasión, en el derecho romano, especialmente en el derecho justinianeo; no falta, en efecto, alguna expresión en las fuentes, á propósito, en apariencia, para confirmar el concepto de las servidumbres legales: Ulpiano, en la L. 1, § 33, D. *de aqua pluv.* (39, 3), ha designado con el nombre de *servidumbre—servitus*, ó más precisamente, de *quasi-servitus*,—el gravamen impuesto por la ley á los fundos inferiores para recibir el agua descendiente de un modo natural de los superiores. Esta indicación acaso es la que pudo inducir á las gentes á considerar como servidumbres prediales, constituídas *por la ley*, á las limitaciones análogas de la propiedad. Sin embargo, bueno será no olvidar que los jurisconsultos romanos no reputaban servidumbres legales esas limitaciones: lo demuestra la naturaleza de la acción: según el mismo Ulpiano, «*Aquæ pluviæ arcendæ actionem sciendum est*, NON IN REM, SED PERSONALEM ESSE (3).

La opinión corriente entre los romanistas, tal cual puede verse en Brugi (4), es que la aplicación de la idea de servidumbre á la

(1) Véase *Las transformaciones del derecho.*

(2) Obra citada, vol. 1.°, cap. 1.° Véase, en contra, Van Wetter, *Cours de droit romain*, 1.°, § 231, y Brugi, *Studi nella dottrina romana delle servitú prediali* (*Archivio Giuridico*, 1864).

(3) L. 6, § 5.°, D. *de aqua pluv.* (39, 3).

(4) Obra citada.

categoría de limitaciones que se comprenden entre las llamadas servidumbres legales, fué ignorada de los cultivadores del derecho común alemán—lo que está conforme con el espíritu de este derecho,—habiendo sido obra de los que prepararon, en concepto de precursores, la sistematización del código francés. Hay algo de esto, en efecto, si no con el término expreso de servidumbres *legales*, con el de *naturales*—como contrapuestas á las *voluntarias*,—en Domat (1), Lalaure (2) (quien atribuye el origen de algunas servidumbres *á la ley)*, y en cierto sentido en Pothiers (3). Puede decirse que en los escritores franceses se tendía á sistematizar ciertas limitaciones del derecho de propiedad, de apariencias muy análogas á las servidumbres como tales servidumbres, quizá impulsados por el influjo de un conocimiento, no profundo, sino superficial, del derecho romano (4); porque, en efecto, fijándose en ciertos detalles del derecho romano—la cita de Ulpiano, por ejemplo,—y no sabiendo referirlos á su principio histórico y á su condición orgánica, la extensión del concepto de servidumbres á las llamadas *legales*, se explica.

De todas suertes, la consagración positiva de las servidumbres legales donde se presenta clara y expresamente es en el código Napoleón. Es una de sus características. ¿Y por qué habrá obrado así el referido código? No es fácil averiguarlo. Hay quien opina que, más que al valor lógico, histórico de los términos, atendió el Código á consideraciones de utilidad práctica—empírica entonces,—consistentes en la conveniencia de recoger bajo un mismo epígrafe ciertas disposiciones, como las que las servidumbres legales comprenden, encaminadas á regular el ejercicio de la propiedad inmueble. Y fué esta solución sistemática del código Napoleón de las que hicieron

---

(1) *Lois civiles*, libro 1.°

(2) *Traité de servitudes réelles*, libro 1.°

(3) *Obras*, tomos 2.° y 7.°

(4) Acerca de cómo conocían el derecho romano los autores é inspiradores del código Napoleón, véase Savigny, *Vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho.*

fortuna. Sin duda no la aceptaron los códigos de origen germánico, que se atuvieron al derecho común—el código austriaco, el sajón, el prusiano, y el mismo proyecto de código civil para Alemania;—pero en cambio la encontramos en los diferentes códigos italianos—código Albertino, artículos 550 y 564; de las Dos Sicilias, artículos 561 y 571; de Parma, artículos 497 y 502; código Estense, artículos 517 y 529; código del reino de Italia, artículos 532 y siguientes, y en el código del Tesino, artículos 222 y 237;—en el de Chile, artículos 839 y siguientes; en el de Guatemala, artículos 1201 y siguientes; en el de Méjico, artículos 1056 y siguientes; en el anteproyecto de código civil belga (de Laurent), art. 659, y en el español, art. 549. El portugués acepta el principio de la existencia de las servidumbres *naturales* y *legales*, pero declarando éstas simples limitaciones del derecho de propiedad (artículos 2282 y 2286).

Señalada del modo que acaba de verse la verdadera filiación de la expresión *servidumbres legales*, y del contenido que bajo tal expresión se ha llegado á comprender, queda en pie la cuestión fundamental de si las llamadas servidumbres legales son verdaderas servidumbres. La cuestión ha sido resuelta de muy diversa manera.

De un lado están los que resueltamente niegan la existencia de verdaderas servidumbres legales. Es la opinión más corriente entre los romanistas y á la que por modo natural se inclinan estos. Realmente, por inspiración jurídica romana, la rechaza implícitamente Ihering (1), para quien ninguna limitación legal ó restricción de la propiedad puede considerarse como servidumbre legal. Por purismo romanista la rechazan también Winscheid (2), Freund (3), Brugi (4); la servidumbre supone una disminución de derecho, un opuesto á la propiedad, que no radica en las condiciones naturales obstáculo de su ejercicio social. Ahora bien: las llamadas servidum-

(1) Obra citada.

(2) *Pandekten*, 1.°, § 169, nota 2.

(3) *Die gesetzlichen Beschränkungen*, passim.

(4) Obra citada.

bres legales constituyen naturales *modo de ser* de la propiedad en el orden social. No se trata, pues, de servidumbres, ni de restricciones, sino de confines ó límites *intrínsecos* de la propiedad (1). Otros autores se colocan en una posición intermedia, esto es, distinguen entre las limitaciones legales que gozan el concepto de servidumbres legales: tal hace Bekker, para quien son servidumbres legales sólo aquellas á las cuales se halla sujeta la propiedad únicamente en contingencias dadas, á causa de un hecho particular ó de la natural situación de los fundos, y que subsisten á favor sólo de un sujeto *determinado* (2). Inspirándose en el mismo criterio de distinción, Bianchi clasifica las limitaciones de la propiedad, que se comprenden en el concepto legal de servidumbres legales, en tres clases: 1.ª, limitaciones cuyo objeto es la simple garantía ó recíproca tutela de las propiedades inmuebles—no son verdaderas servidumbres;—2.ª, limitaciones que implican manifestaciones de un cierto arbitrio legislativo, especie de transacción impuesta en beneficio de un predio—tampoco son verdaderas servidumbres;—y 3.ª, limitaciones que implican el gravamen de *positivas prestaciones*—y que son verdaderas servidumbres (3).—Por último, están los autores que más se inclinan en defensa de la existencia de las servidumbres legales. Para estos se deben considerar verdaderas servidumbres las limitaciones legales de la propiedad, porque impuestas por las leyes tales limitaciones, ya por razones de utilidad general, ya por razones de utilidad privada, implican realmente una disminución de la libertad natural de un fundo, en beneficio de otro de distinto dueño, colocando á aquél en verdadero estado de servidumbre respecto de éste—piensan así Lalaure (4), Merlin (5), Ricci (6) y Germano (7).

---

(1) Véase Bianchi, obra citada, vol. 1.°, cap. 1.°

(2) Citado por Bianchi.

(3) Obra citada, vol. 1.°, cap. 1.°, passim.

(4) *De servitude*, libro 1.°, cap. 2.°

(5) *Questions: Servitude*, § 3.°

(6) *Diritto civile*, 2.°, § 288.

(7) *Trattato delle servitù*, 1.°, 267.

La cuestión verdaderamente no puede ser resuelta de un modo radical y general; la solución de la cuestión tiene que depender del supuesto implícito en la noción que de la servidumbre se tenga. Si se pone como exigencia crítica el concepto romano puro de la servidumbre, no hay verdaderas servidumbres legales; pero si se admite la posible transformación histórica del concepto romano de las servidumbres, aceptándolo al modo como lo explica Bianchi (1), interpretando y adicionando el concepto romano, ó bien en el sentido en que se dice que las servidumbres prediales «extienden la esfera de la propiedad de un fundo á costa—gravamen—de la propiedad del otro» (2), sin implicar un fraccionamiento del dominio, en ese caso, si no todas las que los códigos suelen considerar como tales servidumbres legales, á lo menos muchas lo son: lo son, por ejemplo, la de paso, la de acueducto, las de presa y toma de aguas, ciertas relaciones de las de medianería, etc. Y aun más, ampliando todavía el concepto de servidumbres, cabe considerar como tales muchas más de las que figuran entre las legales, especialmente las legales de carácter privado.

Pero siempre quedará en pie un serio reparo que oponer á la doctrina formulada por el Código civil; en efecto, al reputar éste como servidumbres legales: 1.°, todas las que expresamente señala en este capítulo; y 2.°, todas las que como tales se reputan en las leyes y reglamentos especiales (arts. 550 y 551), según la doctrina del código civil italiano, que á su vez se inspiró—perfeccionándola—en la del código Napoleón, y con arreglo á la cual son servidumbres legales, en rigor, todas las limitaciones legales de la propiedad y aun algunas relaciones de verdadera cooperación—copropiedad (v. gr., arts. 574 y 575);—una de dos: ó el Código civil tiene un concepto particular de las servidumbres en general y de las legales en especial, ó es preciso buscar alguna razón de plan que explique el proceder del legislador.

Ya hemos aludido á la opinión de Demolombe, según la cual,

---

(1) Obra citada, vol. 1.°, cap. 1.°, passim.

(2) Véase Arndts-Serafini, *Pandectas*, § 183.

los redactores del código Napoleón sistematizaron las servidumbres legales, en virtud de consideraciones de utilidad práctica. Algo de esto debió de influir en el ánimo del legislador español, aparte de las exigencias de su sistema general jurídico; en rigor, el legislador patrio, al comprender bajo el epígrafe y en el concepto de servidumbres legales, las limitaciones del derecho de propiedad á que se refiere, habrá tenido en cuenta, como razones de principio, estas tres que anotó un tratadista, refiriéndose al legislador italiano (1): 1.°, que un fundo en ellas parece *cuasi servir* á otro; 2.°, que estos derechos y cargas ó gravámenes tienen una gran semejanza con las verdaderas servidumbres y son *cuasi servidumbres;* y 3.°, que al fin limitan y restringen el derecho absoluto de la propiedad. Por otro lado, es preciso no olvidar las condiciones en que se ha redactado el Código civil español; es necesario tener en cuenta que venía en ciertas ramas del Derecho á continuar una tradición ya formulada. Ahora bien: en el derecho positivo español, en las leyes y reglamentos, que el Código no debía, ni en parte podía, derogar, se consagraba y admitía el concepto é institución de las servidumbres legales. Baste recordar á este propósito la ley de Aguas, especialmente en el cap. 9.°, que habla de un modo expreso de las *servidumbres legales.*

SECCIÓN PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

La estructura de esta sección primera recuerda en sus lineamientos generales la correlativa en el asunto del código Napoleón—cap. 2.°, tít. 6.° del libro 1.°;—pero aun está más conforme con la estructura de la sección 1.ª, cap. 2.°, tít. 3.° del libro 2.° del código italiano, que, como la del Código español, trata de las ser-

(1) Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle servitù legali*, p. 4.

vidumbres establecidas por la ley, ó sea *legales.* No coincide, sin embargo, nuestro Código civil, en los términos concretos del articulado, con ninguno de los dos códigos modelos citados; contiene aquél, en efecto, disposiciones de índole general, que implican un cierto progreso, por cuanto zanjan *a priori*, ó desde la ley, cuestiones que, tanto en el derecho francés como en el italiano, hubo de zanjar la jurisprudencia.

Toda la materia regulada por los arts. 549 á 551, con el carácter de disposiciones generales, preliminares de las servidumbres legales, puede reducirse á los siguientes puntos: 1.°, determinación del objeto de las servidumbres; tienen éstas por tal, ó la utilidad pública, ó el interés de los particulares—ya veremos de qué modo puede y debe entenderse esta oposición ó distinción de términos que hace el Código.—Al pronto pudiera creerse que tal oposición —que no es radical ó sustancial—va á servir al Código para formular una distinción entre servidumbres de carácter *público* y servidumbres de carácter *privado*, poniéndola como base de una distribución ulterior del articulado; pero no hay tal. El Código limítase á hacer la indicación del art. 549, sobre el objeto distinto de las servidumbres, y luego, aunque parece prescindir de las de carácter público en las secciones subsiguientes, sin embargo, no es así, como puede verse, por ejemplo, en el art. 553. 2.° El segundo punto de los que forman el contenido de esta sección, refiérese á la indicación respectiva de las fuentes legales á que es preciso acudir para ver cómo están reguladas las servidumbres legales de carácter público, y las de carácter privado, señalando al fin la condición de la voluntad privada en la regulación posible de estas últimas, ó sea el campo de acción que la ley deja al contrato en la modificación de las referidas servidumbres, con lo que se resuelve oportunamente—cosa que no siempre hacen los códigos extranjeros—una de las diferencias entre las dos clases de servidumbres de que se trata, y la cual consiste, como advierte un comentarista de nuestro Código civil, en que «las públicas, como de interés general, no admiten pactos ni contratos, mientras las privadas pueden ser modificadas por pactos

entre los particulares á quienes interesan» (1), cuando «no lo prohiba la ley ni resulte perjuicio de tercero», como dice el Código en su art. 551.

ARTÍCULO 549

Las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la utilidad pública ó el interés de los particulares.

No hay modo de señalar antecedentes legales directos á este artículo en nuestro derecho positivo, y se comprende. En primer lugar, la materia misma de las más importantes servidumbres legales es de carácter moderno: la mayoría de éstas, especialmente las de carácter público, hanse producido por las complejas necesidades de las grandes industrias, y en general de la vida actual, reclamando además una más detenida y detallada ordenación. Por otra parte, trátase de un artículo de mera organización sistemática de las materias, que en el derecho anterior estaban dispersas, cuando no desordenadas. Basta fijarse en el contexto mismo del artículo para explicarse esto. Como antecedentes, no propiamente *legislativos*, cabe únicamente señalar el art. 483 del proyecto de Código civil de 1851, y el 551 del proyecto de Código civil de 1882.

Ahora bien: si no es posible señalar antecedentes legales en el derecho patrio al art. 549, sí es posible y fácil indicar las fuentes en que probablemente se habrá inspirado el legislador al formular, como cabeza de esta sección del Código civil, la distinción que aquel artículo expresamente determina: esas fuentes están en los artículos concordantes de los diferentes códigos extranjeros. En efecto, el art. 549 concuerda con el 649 del código francés y del belga, con el 533 del italiano, 437 del de Vaud, 235 del de Neufchatel, 1058 del mejicano, 839 del de Chile, 1201 del de Guatemala, 2286 del de Portugal, etc., etc. Y hay aquí, en estas con-

(1) Falcón, *Código civil*, tomo 2.°, pág. 196.

cordancias, una particularidad que debemos hacer notar, respondiendo así por adelantado á cierta observación hecha en son de crítica por un tratadista del derecho civil, al relacionar y comparar este art. 549 con el 550. Nuestro código dice en el art. 549, que las servidumbres legales tienen por objeto «la utilidad pública ó *comunal*». Si el legislador hubiera copiado con preferencia al código francés en el primer artículo, en lugar de ajustarse fielmente al italiano—al cual no sigue en el artículo siguiente,—no hubiera incurrido en la crítica de falta de concordancia entre los términos gramaticales de artículos que se completan, que el referido tratadista dirige al Código.

Explicación y comentario.—Breve tiene que ser la explicación: el art. 549 limítase, como se ve, á señalar un criterio diferencial objetivo para distinguir las especies de las servidumbres legales—ó se establecen por la ley en interés público, ó en el de los particulares;—á veces la ley no las establece: limítase á consagrarlas, como hechos inevitables y necesarios, como pesos ó cargas que impone la condición misma de las cosas, y el ejercicio de su propiedad en el consorcio social, lo cual no importa para el punto de vista que aquí nos proponemos.

Ocurre, al interpretar el art. 549, en sí mismo, y en sus ulteriores consecuencias, una cuestión que tiene cierta importancia.

Hela aquí:

¿Para caracterizar una servidubre legal, como pública ó como privada, toda vez que se trata de una servidumbre consagrada ó establecida por la ley, se ha de atender á la declaración expresa de la ley misma que la defina como pública ó como privada, ó es posible formular ó aventurar un criterio general apriorístico, distintivo del carácter público ó privado de cada servidumbre concreta? Realmente, esto último sería muy difícil. En primer lugar, nada tan vago é indeterminado como la distinción apriorística de lo *público* y de lo *privado;* la misma jurisprudencia no siempre está clara para fijar distintivamente el carácter público ó privado de las contiendas acerca de las servidumbres. Por otra parte, según advierte un comentarista distinguidísimo del código civil italiano, el

Sr. Ricci (1), al explicar el concepto general de las servidumbres legales, «aun cuando se refieran éstas á la utilidad privada, sin embargo, están establecidas siempre por una razon de interés general, toda vez que el legislador ha experimentado la necesidad de limitar y ordenar la libertad de los particulares, precisamente con el propósito de garantir la libertad común, y conciliar por tal modo derechos é intereses opuestos». «Si en nombre de la libertad absoluta, dice á este efecto uno de los tribunales supremos de Italia (el de Turín) (2), un propietario tuviese derecho á hacer en su fundo cualquier obra, aun cuando tal obra, por ejemplo, gravase el curso natural de las aguas en perjuicio del fundo del vecino inferior, este vecino, en nombre de la misma libertad absoluta, podría con igual derecho construir en su propio fundo cualesquiera obras que rechazasen el agua hacia el superior.» Podríamos multiplicar estos ejemplos, y con ellos mostrar de un lado la anarquía jurídica que de la no ordenación de las servidumbres llamadas legales resultaría, y de otro el carácter realmente público, general, del interés que exige su adecuada ordenación.

No ha faltado, sin embargo, algún comentarista del Código civil español, que sin proponerse la cuestión en los términos en que queda formulada, ha procurado investigar la nota común distintiva de las servidumbres públicas y de las privadas, pero sin lograrlo: ha tenido que quedarse con expresiones gramaticales tan poco científicas, cuando de definir se trata, como *principalmente*, es decir, la mayoría de las veces, no siempre. En efecto, según al pronto parece, la distinción entre las servidumbres públicas y las privadas, ó más bien entre la utilidad pública y la privada, objeto de las servidumbres, estriba en la clase de bienes en vista de los cuales se establecen aquéllas—para los bienes, si son reales, ó por los bienes para la persona de un modo inmediato, si son personales.—Y así, si la servidumbre se establece en beneficio de bienes del dominio público, nacional, provincial ó municipal, la servidum-

(1) *Corso teorico-pratico de diritto civil italiano*, vol. 2.°, pág. 341.

(2) Sentencia de 16 de Febrero de 1876.

bre será pública; por el contrario, si la servidumbre se establece en beneficio de bienes de carácter patrimonial, privado, la servidumbre será privada. Pero la regla que de esto resulta no es absoluta y general. Hay casos en que la servidumbre *legal* es pública, sin que los bienes en favor de quien ha sido impuesta sean públicos; por ejemplo, la servidumbre de acueducto para servicio público, la servidumbre de ferrocarriles. Quizás estaría más en lo firme quien señalara el carácter público de las servidumbres, fijándose, no en la índole pública de los bienes beneficiados, sino en la índole *pública* del servicio, condicionado en definitiva por las servidumbres. Pero, aun en ese caso, el criterio no tendría eficacia práctica, puesto que según el mismo carácter *legal* de las servidumbres, han de tener su origen en la ley, y por otra parte, el Código mismo señala en su art. 550 las fuentes escritas—leyes y reglamentos especiales, y disposiciones de este título del Código—de las servidumbres públicas. En su virtud, es preciso admitir que, así como estas servidumbres legales son taxativas, las que la ley consagra ó establece, el carácter público de las públicas es también taxativo: la ley es quien lo define, y á la ley hay que atenerse.

ARTÍCULO 550

Todo lo concerniente á las servidumbres establecidas para utilidad pública ó comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y en su defecto por las disposiciones del presente título.

Por las mismas razones, en parte, que el artículo anterior, no tiene el presente antecedentes legales directos en el derecho positivo patrio. Trátase, en efecto, de una disposición que tenía que ser *nueva* por responder á las exigencias de la mera ordenación sistemática de las materias á que el derecho civil se refiere. El único antecedente, no legal, en rigor, del presente artículo, está en el art. 552 del proyecto de 1882. Pero si no tiene antece-

dentes, tiene, sin embargo, muy directas concordancias con los códigos extranjeros el repetido art. 550. Puede citarse, entre otros, el código civil francés en su art. 650, el italiano en el 534, el mejicano en el 1057, el de Guatemala en el 1202, el chileno en el 839, etc., etc. Debe, sin embargo, advertirse, que el Código civil español no sigue el sistema general de la mayoría de los códigos civiles extranjeros, al determinar las servidumbres legales públicas. La mayoría de éstos (por ejemplo, el francés, el italiano y el chileno), no se limitan, como el nuestro, á señalar las fuentes legales á que debe acudirse para todo lo concerniente á las mismas; hacen algo más: las señalan indicando su objeto—las corrientes de aguas, las veredas á lo largo de los ríos y canales navegables ó útiles para el transporte, la construcción ó reforma de caminos y demás obras públicas, como dice el código italiano.—Realmente, como no es posible traer al Código civil todas las disposiciones taxativas relativas á esta especie de servidumbres, el sistema del Código español, en lo que tiene de indeterminado, es preferible.

El principio general que el art. 550 entraña es un principio de aplicación del derecho positivo. Según el texto del mismo, cabe afirmar que toda servidumbre legal, pública, ha de tener su consagración expresa en la ley ó en un reglamento, siendo su ordenación obra de la ley, del reglamento ó del Código civil. La aplicación del derecho positivo á las servidumbres de esta clase ha de hacerse teniendo las leyes y reglamentos especiales, en cada servidumbre particular, el carácter de derecho principal ó de primer grado, y el presente título del Código el de derecho supletorio.

El comentario del art. 550 ha de ser por necesidad complementario. En efecto, quien deba aplicar en la práctica el referido artículo, tiene que responder á estas dos preguntas: 1.ª, ¿qué servidumbres públicas establecen las leyes y reglamentos especiales? 2.ª, ¿cuáles son estas leyes y reglamentos? Por nuestra parte contestaremos á la vez á ambas cuestiones. A este fin, conviene, ante todo, en vista de la legislación positiva que el Código civil declara vigente y como derecho principal, agrupar ordenadamente las servidumbres públicas de nuestro derecho. Hay servidumbres públicas

en las materias siguientes: 1.°, *Aguas;* 2.°, *Minas;* 3.°, *Montes;* 4.°, *Pecuarias;* 5.°, *Vías de comunicación;* 6.°, *Obras públicas;* 7.°, *Marítimas*, y 8.°, *Defensa nacional* y *militares.*

Servidumbres públicas en materia de aguas.—Las servidumbres públicas en materia de aguas se ordenan en dos monumentos legales, que es preciso completar entre sí, según el orden de prelación establecido por el art. 550: á saber, la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879 y la sección segunda del presente título del Código. Cabría hacer aquí una indicación de lo que referente á las servidumbres *públicas* se contiene en la ley de Aguas; pero esto nos obligaría á dividir la materia: así que dejamos la cuestión íntegra para el comentario de la citada sección segunda.

En materia de minas.—Las condiciones de la explotación minera, causa en parte, como hemos visto, del carácter especial de la propiedad de las minas, impone servidumbres que no tienen en sí mismas, y por ser tales, la índole de públicas, sino á partir del concepto general que de servicio público tiene la minería. Las servidumbres en materia de minas hállanse reguladas por el art. 12 de la ley de 6 de Julio de 1859 y por el art. 24 del decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868, con los artículos 18 y 19 del reglamento de 24 de Junio de 1868. La primera de estas servidumbres (la del art. 12 de la ley y 18 y 19 del reglamento) entraña una limitación en las operaciones mineras. «No pueden, dice la ley, abrirse calicatas ni otras labores mineras á menor distancia de 40 metros de un edificio, camino de hierro, carretera, canal, fuente, abrevadero ú otra servidumbre pública; 1.400 de los puntos fortificados, á menos que en este último caso se obtenga licencia de la autoridad militar, y en los demás del gobernador, si se tratase de servicios ó servidumbres públicas, ó del dueño, si se tratase de edificios de propiedad particular.» Naturalmente, sería muy discutible el carácter de servidumbre de la limitación que este artículo impone á la propiedad minera; pero, á pesar de eso, le incluímos aquí, en razón de la amplitud con que la legislación comprende el concepto de las servidumbres. El art. 24 del decreto ley de 1868 designa las cargas á que se refiere expresamente como servidumbres. «Todo mi-

nero, dice, deberá facilitar la ventilación de las minas, y estará sujeto *á la servidumbre* del paso de aguas de dichas minas hacia el desagüe general, y asimismo á las reglas de policía que en el reglamento especial se determinen. Pero en todas estas *servidumbres* precederá la correspondiente tasación é indemnización.»

Montes.—Tienen el carácter de servidumbres, de índole administrativa, públicas, las que constan en los artículos 72 al 79 del reglamento de Montes de 18 de Mayo de 1865, en consonancia con el art. 9.° de la ley de 24 de Mayo de 1863. Según este artículo 9.° de la ley, «subsistirán en los montes públicos las servidumbres..., cuando no sean incompatibles con la conservación del arbolado». Hace referencia á este art. 9.°, el 7.° de la ley de 11 de Julio de 1877, cuyo desarrollo en detalle puede verse en el Real decreto de 18 de Enero de 1878 (art. 33). Es preciso consultar en este punto los arts. 4.° y 64 del Real decreto é instrucción de 31 de Diciembre de 1890.

Las ordenanzas de Montes de 1833 sometían á varías servidumbres á las fincas lindantes con montes públicos; pero estos gravámenes fueron abolidos por Real decreto de 17 de Marzo de 1862.

Servidumbres pecuarias.—Refiérese á ellas el Código civil en su art. 570. Nos limitamos aquí á citarle: de estas servidumbres y de la legislación especial acerca de ellas se hablará al comentar el art. 570.

Vías de comunicación.—El concepto de las vías de comunicación, implica un servicio público, cuyo establecimiento y desarrollo exige la imposición de cargas ó limitaciones á las propiedades estimadas como verdaderas servidumbres. Entre las vías de comunicación comprendemos: 1.°, las carreteras; 2.°, los ferrocarriles, y 3.°, las vías telegráficas y telefónicas.

Una advertencia. No se trata en este caso del problema general relativo á si las vías de comunicación en *sí mismas* son una servidumbre, sino á las limitaciones y gravámenes que concretamente resultan para el buen uso y empleo de semejantes vías.

1.° *Las carreteras.* Las servidumbres en beneficio de las ca-

rreteras tradúcense, como quieren Aubry y Rau (1), en limitaciones fundadas en razones de *economía* y *prosperidad pública*, refiriéndose á restricciones impuestas á las construcciones y plantaciones, y en general, al uso de las fincas próximas á los caminos públicos. En nuestro derecho positivo hallamos tales servidumbres reguladas por varias disposiciones legales relativas al ramo de carreteras, y principalmente por la Real orden de 19 de Enero de 1867 (conservación y policía de carreteras). Según esta Real orden, «1.°, los dueños de heredades lindantes con el camino, no podrán impedir el libre curso de las aguas que provengan de él, haciendo zanjas ó calzadas, ó elevando el terreno de su propiedad (véase el art. 3.°); 2.°, no podrán los particulares hacer acopios de materiales de construcción, tierras ó abonos, amontonar mieses ni otros objetos cualquiera sobre el camino, sus paseos ó cunetas, ni colgar ni tender en él ropas ó telas (art. 16), y 3.°, á menos de 25 metros de distancia de la carretera no se podrá construir edificio alguno, corral para ganados, alcantarillas ni obras que salgan del camino á las posesiones contiguas, ni establecer presas, artefactos ó cauces para la toma y conducción de aguas sin la correspondiente licencia. Tampoco será lícito hacer represas, pozos ó abrevaderos á distancia menor de 25 metros de la parte exterior de los puentes y alcantarillas, y de las márgenes de los caminos, ni practicar calicatas y cualquier operación minera á menos de 40 metros de la carretera (art. 32)» (2).

2.° *Los ferrocarriles.* Considerados por las leyes (véase el artículo 7.° de la ley de 1877) como de dominio público, imponen los ferrocarriles, al modo que las carreteras, cargas y limitaciones que son servidumbres públicas. Tienen las limitaciones estas un doble carácter, ó sea pueden razonarse unas—las limitaciones que les son comunes con las carreteras, por ejemplo,—como limitaciones en

---

(1) Obra citada, 2.°, § 193.

(2) Para apreciar la extensión en cuanto al objeto del concepto de las carreteras, y en su virtud de las cargas, véase el cap. 5.° de la citada Real orden y la Real orden de 3 de Febrero de 1871.

vista de la *economía* y de la *prosperidad* pública, y otras en vista de la *seguridad* pública. En nuestra legislación de ferrocarriles (véase la ley de 29 de Noviembre de 1877 y el reglamento de 8 de Septiembre de 1878) nos encontramos con las siguientes servidumbres: 1.°, según el art. 1.° de la referida ley, las impuestas sobre las heredades inmediatas en beneficio de las carreteras, para la conservación de la vía, respecto de alineaciones, construcciones de todas clases, aperturas de zanjas, libre curso de las aguas, plantaciones, poda de árboles, explotación de minas, de terrenos, de escoriales, de canteras, etc., la zona de ferrocarriles es aquí de 20 metros á cada lado del ferrocarril: aplicándose también las limitaciones encaminadas á evitar todo daño á la vía, prohibición de colgar y tender, establecer acopios, etc., etc.; 2.°, según el artículo 3.°, en una zona de tres metros á uno y otro lado del ferrocarril sólo podrán construir *en adelante* muros ó paredes de cerca, pero no fachadas que tengan aberturas y salidas sobre el camino (la ley respeta el estado posesorio); 3.°, según el art. 4.°, dentro de la misma zona de 20 metros á cada lado de la vía férrea no se podrán construir edificios cubiertos con cañizas ú otras materias combustibles en los ferrocarriles explotados con locomotoras: en los artículos 5.°, 6.°, 9.°, 10 y 11 se regulan en sus detalles estas prohibiciones; 4.°, según el art. 4.° del reglamento citado, se prohibe construir represas, pozos y abrevaderos á menos distancia de 20 metros á uno y otro lado del ferrocarril; 5.°, según el art. 7.°, los dueños ó arrendatarios de las heredades lindantes con los ferrocarriles no podrán impedir el curso de las aguas procedentes de la vía férrea, cortar árboles en la zona de 20 metros ya indicada, arrancar raíces y remover tierras en los declives y terrenos contiguos á la vía; y 6.°, según el art. 11, nadie podrá sin previa autorización, dentro de la zona de los 20 metros, establecer presas ó artefactos, abrir cauces para toma y conducción de aguas, construir edificios, muros, alcantarillas ú otras obras.

3.° *Vías telegráficas* y *telefónicas.* Implican éstas en ciertos casos una verdadera carga ó servidumbre, exigida, tanto para un establecimiento—especie de ocupación temporal,—como para su ex-

plotación, apoyo de postes y líneas en fundos privados, conservación y demás. Tiene el servicio que tales vías satisfacen el carácter de público. Según el art. 26 del Real decreto de 2 de Enero de 1891, las redes y líneas telefónicas se consideran de servicio público para todos los efectos de la expropiación, servidumbres, etc.

Obras públicas. La construcción de las obras declaradas de utilidad pública implican en general una limitación *constitucional* de la propiedad privada, cual es la expropiación forzosa. Además, las necesidades concretas de la construcción de cualquier obra pública puede determinar, y de hecho determina, el establecimiento de ciertas cargas ó gravámenes sobre la propiedad particular, que son verdaderas servidumbres, según el concepto legal, y que se deben considerar como una consecuencia del principio general de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública (1). Estas servidumbres tienen el carácter de temporales, por su naturaleza intrínseca, y se resuelven en ocupaciones, pudiendo considerarse ó definirse como aquellas servidumbres que *abstractamente* puede decirse que gravan á las fincas en beneficio de la construcción de obras declaradas de utilidad pública, para el establecimiento de talleres, almacenes, caminos provisionales, oficinas auxiliares y demás necesarios para la construcción de las referidas obras. A propósito de estas servidumbres, debe verse la ley de Expropiación forzosa de 10 de Enero de 1879 (artículos 55 á 60) y reglamento para su ejecución de 13 de Junio siguiente (artículos 109 á 130), así como la ley de Obras públicas de 13 de Abril y la de Carreteras y Ferrocarriles ya citadas, con sus respectivos reglamentos.

Marítimas. Comprendemos aquí las servidumbres establecidas en interés de la navegación. Hállanse estas servidumbres expresamente determinadas y definidas en la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880. Según el art. 7.º de esta ley, los terrenos de propiedad particular colindantes con el mar ó enclavados en la zona marítimo-

---

(1) Según el art. 58 de la ley de Expropiación forzosa, «la declaración de utilidad pública de una obra lleva consigo el derecho á las ocupaciones temporales que su ejecución exige».

terrestre, están sometidos á las servidumbres de *salvamento* y de *vigilancia litoral.* Los artículos 8.° y 9.° de la misma ley regulan las servidumbres de salvamento, y el 10 la de vigilancia litoral.

De defensa nacional, militares. Nos referimos á las servidumbres que tienen las fincas situadas á la distancia de 1.500 varas de las demarcaciones militares de las plazas y puntos fortificados. Como á estas servidumbres, y á la legislación especial acerca de ellas, se refiere el art. 580 del Código civil, suspendemos para el comentario de este artículo todas las consideraciones necesarias para explicarlas.

Tienen el carácter de limitaciones del ejercicio del derecho de propiedad, y cierta analogía con las servidumbres públicas, de índole legal, las relativas á los *establecimientos insalubres, incómodos ó peligrosos*, y las referentes á la construcción de *cementerios.* El ser todo esto materia absolutamente administrativa, nos dispensa de tratarla en este sitio. Conviene citar, sin embargo, las fuentes: respecto de los cementerios, importa muy particularmente la Real orden de 11 de Julio de 1888, y respecto de aquéllos varias Reales órdenes, entre ellas las de 19 de Junio de 1861, 11 de Enero de 1865, 8 de Agosto de 1867, 8 de Enero de 1884 y 13 de Noviembre de 1880.

ARTÍCULO 551

Las servidumbres que impone la ley en interés de los particulares, ó por causa de utilidad privada, se regirán por las disposiciones del presente título, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales ó locales sobre policía urbana ó rural.

Estas servidumbres podrán ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohiba la ley ni resulte perjuicio á tercero.

Tampoco este artículo tiene antecedentes en fórmulas legislativas expresas, lo cual se comprende teniendo en cuenta su conte-

nido, especialmente el del primer párrafo; contenido, como el de los dos artículos anteriores, de mera ordenación sistemática. El contenido del párrafo segundo viene á formular un principio de derecho, aplicado en el derecho positivo anterior al Código. En el proyecto de Código civil de 1882, el art. 553 se expresaba como el 551 de que tratamos.

No pueden señalarse muy varias concordancias entre este artículo y los códigos extranjeros. La mayoría de los que solemos citar no tienen disposiciones análogas á las de nuestro Código civil en este punto. Concuerda, sin embargo, con el 651 y 652 del código francés; pero hay esenciales diferencias de redacción. El código Napoleón, en el art. 651, habla de que «la ley somete á los propietarios á diferentes obligaciones de uno respecto del otro, é independientes de todo contrato», mientras en el 652 señala las fuentes que regulan estas obligaciones, especificando las principales servidumbres legales de carácter privado. Con el código con quien más fielmente concuerda el art. 551 del español, es con el italiano en su art. 535. El primer párrafo del primero de estos artículos traduce casi literalmente el párrafo único del segundo. Hay, no obstante, una diferencia importantísima entre ambos artículos, diferencia que debe interpretarse en favor del Código español; en efecto, éste formula en el último párrafo una declaración de gran alcance, que entraña, como resuelta en principio, una de las dudas ó cuestiones que los comentaristas del código italiano no cesan de proponer.

Explicación del artículo.—El contenido del art. 551 entraña: 1.º, la definición implícita de una clase de servidumbres: las cargas ó gravámenes sobre fundos en beneficio del interés particular ó de la utilidad privada, establecidas por la ley, *por reconocerlas necesarias para el buen orden social.* He ahí por qué hemos indicado á su tiempo (comentario al art. 549), que aun cuando estas servidumbres se refieren inmediatamente al interés particular, su fundamento mediato radica en el interés social. 2.º La indicación de las fuentes legales, así como del orden con que deben ser aplicadas. Relacionando los dos párrafos del art. 551, resulta, según

advierte el Sr. Sánchez Román (1), que las servidumbres de que trata se rigen: *a)* por el convenio de las partes (si lo hubiere, y en los límites del párrafo segundo y en la forma que luego veremos); *b)* por las leyes, reglamentos y ordenanzas generales ó locales á que el artículo se refiere; y *c)* por las disposiciones del presente título.

Servidumbres legales impuestas por utilidad privada.—Como las públicas, estas otras servidumbres—privadas—son taxativas; deben su existencia, ó por lo menos su consagración impositiva, á una disposición legal expresa. Ahora bien: ¿cuáles son?

Ateniéndonos á los términos y al concepto estrictamente legal, tenemos:

1.° Servidumbres para el uso de las aguas—entre las cuales no todas se deben estimar como privadas,—figurando en este grupo las llamadas *naturales* y *legales* por la ley de Aguas, y las que de otro modo denominan algunos códigos servidumbres derivadas de la situación de unos lugares con otros, como la de acueductos, etc. (véase luego los comentarios relativos á esta servidumbre).

2.° La de paso.

3.° La de medianería.

4.° La de luces y vistas.

5.° La del desagüe de los edificios.

6.° La de las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.

El comentario doctrinal y práctico del presente art. 551 ha de referirse principalmente á la interpretación del párrafo segundo en relación con el concepto general de las servidumbres legales; ó en otros términos, este comentario comprende la gravísima cuestión de cómo puede influir la *voluntad de los particulares* sobre las limitaciones legales de la propiedad inmueble, bien sea para modificarlas, bien sea quizá hasta para suprimirlas. Naturalmente, aparte de que en nuestro Código civil te-

(1) Obra citada, tomo 3.°, págs. 616 617.

nemos la disposición expresa del último párrafo del art. 551, que *sólo* se refiere á las servidumbres legales de *utilidad privada*, desde luego puede afirmarse que el problema de la intervención de la voluntad particular en la servidumbre legal, no tiene razón de ser respecto de las servidumbres establecidas por la ley en vista de la *utilidad pública*. El examen que de éstas hicimos en el comentario del artículo anterior, explicará esto de un modo suficiente. «En cuanto á las servidumbres legales de utilidad pública, dice muy acertadamente el tratadista Bianchi, nadie pone en duda que están completamente fuera del influjo de la voluntad privada, no sólo en el sentido de que las convenciones de los propietarios no pueden referirse á ellas en modo alguno, sino en el sentido de que la misma autoridad administrativa no podrá hacer concesiones á los particulares, al efecto de introducir algunas modificaciones en dichas servidumbres legales, toda vez que la esfera de acción dejada á la autoridad misma en el gobierno de la cosa pública, está necesariamente circunscrita dentro de normas impuestas por el Poder legislativo» (1). Y no estriba la diferencia que en este punto resulta entre las dos clases de servidumbres en el puro carácter *público* de las llamadas por antonomasia de *utilidad pública*, pues ya se dijo que las limitaciones de la propiedad, pertenecientes al derecho privado, implican un fin último de bien social ó de *orden público;* la diferencia en virtud de la cual, si la voluntad particular puede influir en las servidumbres privadas, no puede influir en las otras, está en que en aquéllas el interés social, como advierte el autor citado (2), está sólo en el motivo de la ley, «mientras la *relación jurídica* se encuentra *directamente* constituída entre propiedades privadas», esto es, en esfera donde la voluntad particular puede moverse, aunque sea según exigencias legales. Pero de todas suertes, el fin legislativo, de orden jurídico—en el cual va incluído mediatamente *el perjuicio á tercero*, de que habla el Código civil,—es el que impone la limitación general á

(1) *Trattato delle servitú legali*, vol. 1.º, págs. 255 y 256.

(2) *Ibidem*, pág. 22.

la intervención de la voluntad particular en la ordenación de las servidumbres privadas, que, por ser privadas, pudieran estimarse entregadas por entero á dicha voluntad particular.

Pongámonos ahora concretamente en la cuestión. Da el artículo 551, como hemos notado, por resuelto, que la voluntad particular—de los interesados—puede modificar estas servidumbres por convenios, pero cuando no lo prohiba la ley ni se perjudique á tercero. Ahora bien: ¿qué límites implica esta declaración del Código civil? Naturalmente, en primer lugar, el obstáculo que la ley supone, y luego, el de la voluntad de un derechohabiente que lo haga valer. Primera duda que la interpretación total del principio ofrece: dentro de la esfera que á la voluntad particular reserva la ley para modificar estas servidumbres legales, ¿cabe la renuncia de las mismas? Como la naturaleza de las servidumbres implica siempre un derecho—á un servicio,—este derecho, y con él la servidumbre legal, ¿será renunciable? Sólo investigando la naturaleza particular del fin de cada servidumbre legal—ya que el *fin* es siempre la causa y la condición de todo derecho—puede contestarse á esta pregunta. Conceptuando perfectamente aplicable la doctrina general que á este propósito expone el insigne tratadista antes citado, haremos rápida aplicación de la misma al Código español. Es preciso notar ante todo, que una misma servidumbre legal presenta á veces diversos aspectos, unos de simple carácter privado, y otros de interés público; y éstos desde luego la sustraen á la libre voluntad de los particulares. Pero no debe mirarse la cosa así sólo. Según el Sr. Bianchi, las servidumbres legales entrañan un doble fin: ya de simple tutela recíproca de las propiedades inmuebles, ya de prestaciones útiles entre ellas, á semejanza de la expropiación forzosa. «Ahora bien: mientras se trate de servidumbres legales de la primer especie, es indudable que los propietarios de los fundos tienen la facultad de renunciar aquellas garantías legales introducidas para la tutela de su propiedad; y por tanto, de consentir al propietario contiguo, y en beneficio de su fundo, una intromisión en el fundo propio» (1). Por ejemplo, la

(1) Obra citada, 6.°, pág. 258.

servidumbre de desagüe de los edificios puede renunciarse ó cambiarse radicalmente (véanse los artículos 586 y 587). Lo mismo puede decirse de la servidumbre de apertura de ventanas, luces y demás (véanse los artículos 580 y siguientes, excepto el 584). No debe olvidarse ahora una indicación que antes hemos hecho, y es, que en todas esas servidumbres legales la renuncia no puede ir contra las razones y motivos de orden público que las impongan. En todas las servidumbres urbanas habrá que tener presente la higiene y la seguridad pública. Esta razón es también la que limita el derecho á renunciar de las servidumbres de la segunda especie, á que Bianchi se refiere.

Implica la interpretación del art. 551 otra duda, relativa á cómo debe entenderse la acción é influjo de la voluntad en la modificación de las servidumbres (1). Desde luego es preciso afirmar que en la esfera de las modificaciones posibles no cabe atentar al interés general, ó al especial del tercero, ni puede consistir la modificación á que aquí nos referimos en una transformación de la servidumbre en una nueva—que ya no sería legal, sino voluntaria, —sino en la regulación concreta del ejercicio de la servidumbre y en el modo de proveer de una manera particular á las relaciones privadas de la propiedad inmueble interesada. La modificación aquí no se debe encaminar á restringir el alcance de la servidumbre, pues que esta restricción implica sustancialmente una renuncia parcial á la servidumbre legal, que tiene que ser resuelta según lo expuesto más arriba á propósito de renuncia de las servidumbres legales. En rigor—y según veremos al desarrollar la doctrina especial de las servidumbres legales,—las modificaciones á que el Código civil se refiere en el párrafo segundo del art. 551, esto es, las modificaciones obra de los particulares, no pueden recaer si la servidumbre ha de persistir como legal, sino: 1.°, sobre la simple ordenación del modo de su ejercicio—por ejemplo, un

---

(1) Véase Aubry y Rau, obra citada, 3.°, § 238; Laurent, *Princips de droit civil*, 7.°, 172; Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle servitú legali*, 1.°, § 6.°; Bianchi, obra citada, 1.°, 261.

convenio acerca de cómo la servidumbre de paso debe de atravesar el inmueble, ó de cómo en un inmueble se habrá de acomodar el estribo de una presa;—y 2.°, cuando se trate de una reducción parcial de sus preceptos, si recae la renuncia en materia de interés puramente privado—por ejemplo, el dueño del predio sirviente, en la servidumbre forzosa de acueducto, que renuncia á la indemnización.

Y estas modificaciones ó aquellas renuncias que el Código civil consiente por convenios entre las partes—no las servidumbres mismas, según ya vimos al tratar de la prescripción,—¿han de hacerse necesariamente por convenio formal? ¿No cabe aquí la prescripción? Bianchi cree que sí: «mantenidas, dice, dentro de los límites indicados, tales modificaciones pueden resultar (al par que la renuncia) ó de convenciones formales, ó de prescripción adquisitiva, ó del destino del padre de familia» (1). Tal nos parece que debe ser la doctrina, conforme con el espíritu y la letra del Código civil, dentro siempre de las indicaciones expuestas al tratar de la prescripción con relación á las servidumbres en las disposiciones relativas á las servidumbres en general, y tal es sin duda también lo que la jurisprudencia tiene establecido, según sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 1882, 10 de Mayo de 1884 y 31 de Mayo de 1890.

Por último, conviene advertir que las modificaciones de las servidumbres legales por convenio de las partes—convenio expreso,—en cuanto entrañan modificaciones ó extinción de derechos reales, deben, al tenor del art. 1280 del Código civil, constar en documento público, no perjudicando á tercero, según el art. 606, en consonancia con el núm. 2.° del art. 2.° de la ley Hipotecaria, si no se inscriben en el Registro de la propiedad. Por supuesto, interpretadas estas exigencias en los límites y condiciones expuestos al comentar esta materia con relación á las servidumbres en general.

(1) Obra citada, 6.°, pág. 263.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LAS SERVIDUMBRES EN MATERIA DE AGUAS

En esta sección viene el Código á completar y continuar la tarea impuesta por la ley de Bases para la redacción del Código civil de 11 de Mayo de 1888; tarea encaminada en la materia especial de aguas á incluir en el articulado de aquél la parte sustantiva de la ley de 1879. En lo tocante á las servidumbres, según la base 13 de la ley citada, «se definirán en capítulos especiales—del Código—las principales servidumbres *fijadas por la ley* en materia de aguas». Ahora bien: respondiendo á esta disposición imperativa, la sección que estudiamos es un resumen del tit. 3.° de la ley vigente de Aguas.

Para preparar adecuadamente el comentario de los distintos artículos de esta sección, es preciso ante todo: 1.°, darnos cuenta de cómo el legislador ha introducido en el sistema particular del Código civil las disposiciones de la ley de Aguas; 2.°, apreciar si ha procedido dentro de los términos debidos, y 3.°, indicar cómo debe hacerse la cita legal de las disposiciones vigentes sobre la materia.

El Código civil ha transportado á su articulado el tít. 3.° de la ley de Aguas del modo siguiente: lo sustancial—definición de las servidumbres exigida por la citada base 13,—contenido en los 57 artículos de la ley, lo ha incluído el Código en los 12 artículos que luego veremos. La ley comprende la materia de servidumbres, sistematizada ampliamente, sobre la base de la distinción entre servidumbres *naturales* (un capítulo) y *legales* (otro capítulo), especificando éstas en cuatro secciones, por este orden: servidumbre de acueducto (arts. 95 á 101): servidumbres de estribo de presa y de parada ó partidor (arts. 102 á 106): servidumbres de abrevadero y de saca de agua (arts. 107 á 111), y servidumbres de camino de sirga y demás inherentes á los predios ribereños. El Código prescinde de la primera distinción: todas las servidumbres de aguas son *legales* y luego no especifica independientemente cada

una de las servidumbres, colocándolas bajo un epígrafe propio: limítase á definir sucesivamente, bajo el título general de la sección, las diferentes servidumbres ordenadas independientemente por la ley de Aguas.

Algunos comentaristas del Código civil, al hablar en esta sección de las servidumbres legales, censuran acremente al Código. Lo conceptúan más insistemático que la ley, y ocasionado á provocar en la tarea de la aplicación práctica del derecho no pocas confusiones. Estiman algunos de ellos, que toda vez que la ley de Aguas había de continuar vigente, no tenía el Código por qué hablar en 12 artículos de las distintas servidumbres; en rigor, parece que hubiera debido limitarse el legislador á decir: las servidumbres en materia de aguas se regirán por la ley especial. La censura, en sus indicaciones generales, puede tener alguna razón de ser; pero aplicada á este caso concreto nos parece injusta. El procedimiento empleado es el no muy plausible y dificultoso de la dualidad de legislaciones; pero tal procedimiento no es un invento particular ahora, sino que viene impuesto por el criterio general á que el Código obedece en sus relaciones históricas y lógicas con todas aquellas leyes que habían unificado una de las ramas de nuestro Derecho, y que además no tienen un carácter *civil* independiente definido: leyes en gran parte *administrativas*. El Código civil en este punto, como en otros de índole análoga (véase las *Propiedades especiales*), ha procurado extractar la parte que implica lo sustantivo (véase, por ejemplo, el art. 563), dejando á la ley el desarrollo de las afirmaciones capitales.

Las disposiciones de esta sección han de aplicarse en general, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 563, interpretado en la forma que se expresará al comentar este artículo, derogatorio, en parte, según el Sr. Sánchez Román, de la ley de Aguas (1).

(1) Obra citada.

ARTICULO 552

Los predios inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra ó piedra que arrastran en su curso.

Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven.

Antecedentes legales.—Los tiene, si no siempre en el concepto de servidumbre legal (á veces en el de *cuasi* servidumbre), en el de mera limitación natural del derecho de propiedad, muy directos y antiguos (véase, por ejemplo, Dig. L. 1, § 14, *de aqua et aq. pluv., arc.* 39, 3). En el derecho patrio estricto, debemos citar, para recordarlo como antecedente muy especial, la ley 14 del título 32, Part. 3.ª, la cual, entre otras cosas, dice: «Ca magüer corra el agua de la heredad que está más alta en la que está más baja, ó desciendan piedras ó tierra por movimiento de las aguas, ó en otra manera que non sea fecho maliciosamente por mano de omes, e fagan y daño, non es culpado aquel cuya es la heredad que está más alta....» También tiene un antecedente en la ley 13 del mismo título y Partida. El antecedente legal más inmediato, es el artículo 111 de la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866, reproducido por el 69 de la ley vigente, que copiaremos, para que inmediatamente pueda apreciarse su diferencia con el art. 552 del Código civil, poniendo al efecto en bastardilla aquella parte que éste reproduce literalmente. Dice así: «*Los* terrenos *inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente*, y *sin obra del hombre*, fluyan *de los superiores, así como la piedra ó tierra que arrastran en su curso.* Pero si las aguas fuesen producto de alumbramientos artificiales ó sobrantes de acequias de riego, ó procedentes de establecimientos industriales que no hayan adquirido esta servidumbre, tendrá el dueño del predio inferior derecho á exigir resarci-

miento de daños y perjuicios. Los dueños de predios ó establecimientos inferiores podrán oponerse á recibir los sobrantes de establecimientos industriales que arrastren ó lleven en disolución sustancias nocivas introducidas por los dueños de éstos.» Lo que contiene el párrafo segundo del art. 552 tiene en cierto modo su antecedente en los arts. 71 y 72 de la misma ley. Luego veremos cómo deben relacionarse. El resto del cap. 1.º del tít. 3.º de la ley de Aguas comprende la solución de una porción de cuestiones que la aplicación del art. 552 del Código suscita; pero ya se verá esto.

Por último, el art. 552 reproduce literalmente el art. 484 del proyecto de Código civil de 1851 y el 554 del de 1882.

Las *concordancias* con los códigos extranjeros son numerosas: citaremos el art. 640 del código francés, 536 del italiano, 426 del de Vaud, 2282 del portugués, 833 del de Chile, 1058 del mejicano y 1203 del de Guatemala.

Naturaleza de la servidumbre á que se refiere el art. 552.—Llámanla otros códigos—el francés, art. 640, y el italiano, artículo 536—servidumbre nacida de la situación de los lugares ó de los predios—una verdadera relación jurídica local:—otros la denominan servidumbre constituída por la naturaleza de las cosas—el código portugués, art. 2282.—Nuestra ley de Aguas—cap. 1.º del título 3.º—la considera como una servidumbre natural. Lo fundamental entre lo característico de esta relación de las *propiedades* es que nace de un modo espontáneo, por ley natural; es una servidumbre de hecho, que resulta de una condicionalidad necesaria, impuesta sin atender *inmediatamente* á consideración alguna relativa á las exigencias de la vida social.

En atención á esto, precisamente, lo primero que se discute por todos los autores que de esta servidumbre tratan, es si, en rigor, la relación de *limitación* que implica, es una verdadera servidumbre (1). Algunos, teniendo en cuenta que el gravamen ó carga impuesto por la naturaleza á un fundo en atención ó para otro,

(1) Laurent, obra citada, 7.º, § 357; Filippis, *Diritto civile*, 3.º, § 240; Pacifici-Mazzoni, obra citada, § 7.º; Ricci, obra citada, 2.º, § 288.

constituye una condición esencial del mismo derecho de propiedad, creen que no debe considerarse propiamente como servidumbre, sino como un modo de ser del indicado derecho. Realmente cabe discutir, no ya si es servidumbre tal condición de la propiedad, sino hasta si es limitación. Touiller advierte, sin embargo, que si se siguiera sólo la ley absoluta de la propiedad, el propietario inferior, en virtud del derecho de exclusión, debería poder levantar diques para impedir que las aguas corran por su fundo, obligándolas á contenerse en el fundo superior. Ahora bien: desde el momento en que la ley prohibe eso, *limita* uno de los atributos de la propiedad, contenido en el referido derecho de exclusión (1). Por nuestra parte, nos atenemos á lo dicho en general antes, acerca del sentido y alcance de las servidumbres legales. Interpretando ahora el espíritu del legislador—tanto en la ley de Aguas como en el Código,—creemos que, en definitiva, entraña la relación local de que tratamos una carga, que sin duda alguna no crea la ley, sino que sanciona y reviste de carácter jurídico *un interés jurídicamente protegido*, que diría Ihering. Por eso quizá hubiera hecho muy bien el Código conservando, para designar esta servidumbre, el nombre de *servidumbre natural*, empleado por la ley especial de Aguas.

Cuestiones á que puede dar lugar la interpretación del art. 552:

1.ª La primer serie de cuestiones á que la interpretación de este artículo se presta, refiérese á la determinación *de las aguas respecto de las cuales se establece esta servidumbre.*

Principio general.—Según el texto expreso del Código, en su art. 552, se habla de las aguas que *naturalmente y sin obra del hombre* descienden de los predios superiores á los inferiores; la condición fundamental es que las aguas desciendan por sí de un modo natural, de predio á predio, lo cual implica que el agua surja ó caiga naturalmente por los fundos. Infiérese de aquí que la servidumbre se establece para todas las aguas que reunan las condiciones, sean aguas procedentes de las lluvias, y que por sí mis-

---

(1) Laurent, obra citada, 2.º, § 425.

mas se deslizan ó arrollan, sean procedentes de fuentes, naturales, de filtraciones ó de deshielos; con lo cual quedan excluídas todas las aguas alumbradas intencionalmente, ó intencionalmente recogidas.

Ahora bien: esta exclusión de carácter general, ¿ha de interpretarse de un modo absoluto? esto es, ¿el fundo inferior está sujeto á recibir las aguas procedentes de una fuente alumbrada intencionalmente, ó bien alumbrada con ocasión de otros trabajos, v. gr., apertura de un cimiento, etc.? La cuestión ha sido muy debatida entre los autores. Se ha pretendido, en primer término, establecer una distinción, según que la fuente hubiera sido alumbrada por trabajos encaminados á ese fin, ó que la fuente hubiera surgido sin poder evitarlo el propietario del fundo superior al hacer otros trabajos. Pero Laurent entiende que no cabe tal distinción si en ambos casos el dueño del predio superior se ha limitado á ejercer su propio derecho de propiedad, inclinándose á considerar el hecho como una consecuencia natural de este ejercicio, y por tanto, sometido á la ley de la servidumbre natural. Sin embargo, la opinión general no considera esas aguas de las que comprende la servidumbre de que tratamos. En rigor, aun cuando el art. 552 pudiera dar lugar, por lo estricto y limitado de sus términos, á la cuestión, tenemos la ley de Aguas, que dispone en el segundo miembro del art. 69, que «si las aguas fuesen producto de alumbramientos artificiales, ó sobrantes de acequias de riego, ó procedentes de establecimientos industriales que no hayan adquirido esta servidumbre, *tendrá el dueño del predio inferior derecho á exigir resarcimiento de daños y perjuicios*»; lo cual quita á la carga el carácter espontáneo de servidumbre *natural,* al tenor del Código.

¿Qué resolver si se tratase de agua que, merced á una defensa natural ó artificial, ó á un depósito, se contenía en el fundo superior ó se dirigía á otra parte, y, destruída la defensa ó el depósito por el propietario superior, comienza ó vuelve aquélla á fluir en el inferior? ¿Estará éste sujeto á recibirla? No hay en nuestra legislación disposición taxativa referente al caso en todas sus hipó-

tesis posibles. Desde luego se comprende que si la defensa era natural y fué destruída por el propietario, no hay servidumbre natural para el fundo inferior. Pero ¿y si la defensa era artificial, hecha por el dueño del predio superior? (1) Entonces la cosa varía. La liberación en un término cualquiera (salvo prescripción) de una carga natural por el medio indicado, no levanta la servidumbre; destruída la defensa artificial, las aguas siguen su curso natural y caen bajo la acción legislativa del art. 552. Sería preciso que el propietario del predio superior hubiera contraído *ad perpetuam* el compromiso de librar al inferior de la servidumbre, para que ésta desapareciese en el supuesto indicado. ¿Y si la defensa desapareciese por fuerza mayor, ó bien fuese insuficiente á contener el agua que *naturalmente* debe correr—ó debería—hacia el inferior? Hay servidumbre siempre y cuando que con la defensa (diques ó recipientes) primero, ó por su destrucción después, no resultase variado el curso *natural* de las aguas.

¿Y si las aguas, surgidas ó recogidas de un modo natural, antes de correr naturalmente por los predios inferiores, se empleasen en un uso industrial cualquiera? Ya hemos indicado las limitaciones que establece el art. 69 de la ley de Aguas: el dueño del predio inferior puede oponerse—pidiendo resarcimiento de daños y perjuicios—á recibir el sobrante de aguas procedentes de establecimientos industriales. Además, es preciso tener en cuenta lo que dispone el último párrafo del referido artículo: «Los dueños de predios ó establecimientos inferiores podrán oponerse á recibir las sobrantes de establecimientos industriales que arrastren ó lleven en disolución sustancias nocivas introducidas por los dueños de éstos.» Y no sólo esto: el mismo art. 69 de la ley de Aguas limita de un modo más general el concepto ó contenido de la servidumbre de que hablamos, en cuanto resulta claro que desde el mo-

(1) Dice Ulpiano: «*Sed et si vicinus opus tollat, et sublato eo aqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat: Labeo exestimat, aquæ pluviæ arcendæ agi non posse: semper enim hanc esse servitutem inferiorum prædiorum, ut natura profluentem aquam excipiant*» (Dig., ley 1, § 22, *de aqua et aq. pluv. arc.*, 39, 3).

mento en que el agua que ha de fluir á predios inferiores procede, no ya de alumbramientos artificiales (como ya vimos), sino de acumulación de aguas recogidas en el superior, para riegos ó establecimientos industriales, da al dueño del predio sirviente derecho á resarcimiento de daños y perjuicios, lo cual cambia la naturaleza de la servidumbre pura y simple definida por el art. 552.

El principio general que venimos aplicando, excluye de estas aguas, ó mejor, no impone la servidumbre natural de aguas, respecto de las aguas sucias—que deberán ser objeto de otras servidumbres,—ni las aguas de lluvia que descienden de un predio por haber realizado el dueño del mismo obras encaminadas á impedir su absorción en el fundo de su propiedad, ni las aguas de las lluvias que descienden á tierra por las canales de los tejados (véase, apropósito de esto, la servidumbre de desagüe de los edificios, artículos 586 á 588).

Una última indicación, relacionada con la índole de las aguas. Los dueños de los fundos inferiores no pueden reclamar contra daño alguno que provenga del ejercicio natural de la servidumbre; además, esta servidumbre se mantiene sin tener en cuenta la condición del dueño á que pertenece el predio, esto es, grava y beneficia á los predios, sea cual fuere la persona á que pertenezcan. Pero si el agua, aunque corriese de un modo natural, perjudicase á un camino público, ó á cualquier otro uso público á que el predio inferior estuviese destinado, podrá cambiar la condición y modo de la servidumbre por causa de utilidad pública.

2.° Otras cuestiones refiérense á la determinación de los fundos sujetos á esta servidumbre. El Código y la ley dicen: *las inferiores.* Ya hemos dicho que no implica nada la calidad del dueño. Pero se ocurre aquí una duda. Para que el fundo inferior esté sujeto á la servidumbre de que hablamos, ¿ha de estar contiguo al superior? El Código nada dice, ni la ley tampoco: sus términos tienen el carácter de una gran generalidad. El fundo inferior, pues, debe recibir las aguas que á él fluyan de todos los predios superiores, de un modo natural y en virtud de la inclinación de los terrenos. Esto es claro y no ofrece duda. La duda se ha presentado cuando

entre los predios inferior y superior se interpone un camino público: obra éste del hombre, y por tanto, en condiciones diferentes de las que el Código civil determina, parece truncar el ejercicio natural de las servidumbres. Pero no hay tal. La opinión dominante entre los autores es que, hecho el camino con arreglo á las leyes y salvados en la ejecución todos los derechos de los predios lindantes, el camino no puede ser un obstáculo á la marcha natural de las aguas. El camino es de un lado predio sirviente, y en tal concepto recibe las aguas del dominante, según el art. 552; y de otro es predio dominante que transmite de igual manera las aguas recogidas á otros predios inferiores sirvientes.

La condición respectiva de los predios en esta servidumbre, ¿se modificará porque uno de ellos cierre en forma tal, que impida la marcha natural de las aguas? En manera alguna. El derecho á cerrar las fincas ha de ejercitarse según lo dispuesto en el art. 388, esto es, entre otras cosas, «sin perjuicio de las servidumbres constituídas sobre las mismas».

3.° Refiérense las otras cuestiones al modo del ejercicio de esta servidumbre. La regla general está bien explícita en el párrafo segundo del art. 552. «Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que *impidan* esta servidumbre, ni el del superior obras que la *agraven*.»

Ahora bien: para explicar esta parte del art. 552 emplearemos una distinción de cuestiones, usada por algunos tratadistas. Al efecto, reduciremos á dos preguntas la materia.

Primera. ¿Qué puede hacer el dueño del predio sirviente? En rigor, todo lo que *no impida* la servidumbre. El art. 71 de la ley de Aguas nos da una pauta. «El dueño del predio inferior ó sirviente, dice, tiene derecho á hacer dentro de él ribazos, malecones ó paredes, que, *sin impedir* el curso de las aguas, sirvan para regularizarlas ó para aprovecharlas en su caso.» Y no sólo esto: con relación á la modificación posible de esta servidumbre, de que habla el art. 69 de la referida ley, en la parte no copiada por el art. 552 del Código, dice el art. 70 de la misma: «Si en cualquiera de los casos del art. 69, que confiere derecho á resarcimiento al

predio inferior, le conviniese al dueño de éste dar inmediata salida á las aguas para eximirse de la servidumbre, sin perjuicio para el superior ni para tercero, podrá hacerlo á su costa, ó bien aprovecharse eventualmente de las mismas aguas si le acomodase, renunciando entretanto al resarcimiento.»

¿Pero, no podrá el dueño del predio inferior verificar dentro de él obras de defensa? Creemos que va esto implícito en el copiado art. 71 de la ley. La norma de abstención de este propietario, es que debe cuidarse de no modificar las condiciones de las corrientes ó caídas de las aguas en daño del fundo superior.

Por otra parte, estos derechos y obligaciones del dueño del predio sirviente, ¿implican en él el deber de cuidar de los fosos ó caídas de las aguas, destinados á recibir las del predio superior, para impedir un daño en éste? Naturalmente, si la interrupción fuese obra suya, desde luego está obligado á limpiar de obstáculos los conductos naturales; pero no así en otro caso, porque la esencia de esta servidumbre está más en tolerar que en hacer. Sin embargo, es preciso tener siempre en cuenta lo que dispone el artículo 74 de la ley de Aguas, según el cual, «cuando el agua acumula en un predio piedra, broza ú otros objetos, que, embarazando su curso natural, puedan producir embalse, con inundaciones, distracción de las aguas ú otros daños, los interesados podrán exigir del dueño que remueva el estorbo ó les permita removerlo. Si hubiera lugar á indemnización de daños, será á cargo del causante».

Segunda. ¿Qué puede hacer el dueño del predio dominante? En rigor, todo lo que *no agrave* la servidumbre, según resulta: 1.º, de su modo natural, y 2.º, de los artículos de la ley de Aguas 69 y 70. En el art. 72 tenemos también una pauta general bastante expresiva. «Del mismo modo, dice, puede el dueño del predio superior ó dominante construir dentro de él ribazos, malecones ó paredes, que, *sin gravar* la servidumbre del predio inferior, suavicen las corrientes de las aguas, impidiendo que arrastren consigo la tierra vegetal, ó causen desperfectos en la finca.» Pero el artículo no comprende expresamente todas las hipótesis: infiérese, sin embargo, de él la solución de las mismas. Se dice por los autores

al comentar en los códigos de su nacionalidad respectiva la disposición análoga á la que aquí tratamos (1), que el propietario superior no puede cambiar el estado primitivo de los lugares, pero es cosa difícil definir lo que este estado sea. Laurent deja al juez la decisión del caso en las cuestiones prácticas concretas. En cierto sentido puede aplicarse aquí el principio general del respeto al estado posesorio, tantas veces consagrado por nuestra jurisprudencia en materia de aguas, ó bien interpretarse la indicación en el sentido de que el dueño del predio no puede cambiar la dirección del curso de las aguas impuesto por la situación de los lugares. Lo que seguramente no puede hacer, al tenor implícito del artículo citado, es recoger el agua en un sitio dado, imprimir á su curso corrientes más rápidas ó más impetuosas, cambiarlo de continuo en intermitente ni viceversa, ni corromper las aguas, ni hacerlas nocivas (véase el art. 69 de la ley de Aguas), ni ponerlas en situación y condiciones que dañen ó perturben la agricultura, etc.

La servidumbre de que hablamos entraña por su misma naturaleza y por ministerio de la ley un mayor gravamen. En efecto, el predio sirviente debe recibir, no sólo las aguas, sino «la tierra ó piedras que arrastren en su curso». No nos detendremos á considerar especialmente este aspecto de la servidumbre. Debe ser aplicada según las indicaciones hechas al explicar la primera parte, y teniendo en cuenta de un modo particular lo que dice el art. 74 de la ley de Aguas, á que también nos hemos referido ya.

Réstanos sólo decir breves palabras en cuanto al modo de modificarse ó extinguirse esta servidumbre. Esta servidumbre cae directamente dentro del párrafo segundo del art. 551 antes examinado: puede ser modificada por las partes interesadas, y aun puede extinguirse también por la voluntad de las partes, en lo que tiene de privada y salvo el interés público y el derecho de tercero. Puede modificarse y extinguirse también por prescripción, si bien dentro de ciertas condiciones y según los principios desenvueltos al

---

(1) Laurent, obra citada, 7.°, § 367; Pacifici-Mazzoni, § 82.

hablar de la prescripción de las servidumbres en general y de las legales en particular. Como advierte Filippis, «para la prescripción de esta servidumbre es preciso obras aparentes y perpetuas, como, por ejemplo, acueductos ó canales de fábrica» (1).

ARTÍCULO 553

Las riberas de los ríos, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros, á la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento.

Los predios contiguos á las riberas de los ríos navegables ó flotables están además sujetos á la servidumbre de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial.

Si fuese necesario ocupar para ello terrenos de propiedad particular, precederá la correspondiente indemnización.

Antecedentes.—Las servidumbres que implícita y explícitamente establece el art. 553, las encontramos señaladas en la ley 6.ª, tít. 28 de la Partida 3.ª Reconoce esta ley que las riberas de los ríos pueden ser de dominio particular, pero «con todo eso, todo hombre puede usar de ellas, ligando á sus árboles sus naves... los pescadores pueden poner en las mismas sus pescados..., enjugar sus redes, *e usar de las riberas de todas las otras cosas semejantes de éstas*». Los antecedentes inmediatos en la historia legislativa están en las dos leyes de Aguas. Las servidumbres del art. 553 las encontramos en el art. 152 y 156 de la ley de 3 de Agosto de 1866, y 36, 112 y 116 de la de 13 de Junio de 1879. Estos últimos artículos no tienen sólo el carácter y valor de antecedentes; para la aplicación del art. 553 es preciso, según veremos, concordarle con los indicados artículos, y además con toda la sección 4.ª del tít. 3.° de la ley especial.

(1) Obra citada, 3.°, § 249.

Las *concordancias* con las legislaciones extranjeras no son muy numerosas. La mayoría de los códigos civiles que solemos citar nada dicen de estas servidumbres. En el sentido y términos del art. 553, podemos citar el art. 840 del código chileno y el 1212 del de Guatemala.

Explicación y comentario.—La explicación y el comentario de este artículo deben enderezarse casi por entero á las necesarias concordancias con la ley de Aguas. El Código civil define en el párrafo primero, que reproduce literalmente el párrafo primero del art. 36 de dicha ley, la servidumbre de *uso público* en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento. En el párrafo segundo impone la servidumbre de camino de sirga—reproduciendo el primer miembro del art. 112 de la ley de Aguas, combinado con el art. 116 de la misma—á los predios ribereños en beneficio *exclusivo* de la navegación y flotación fluvial.

Realmente, la materia á que este art. 553 se refiere queda en él incompleta; es preciso acudir á otras disposiciones, además de las citadas, de la ley de Aguas, en busca de los indispensables complementos: 1.º, para aclarar ciertos términos empleados en aquél y que la ley citada define; 2.º, para explicar el contenido y forma de las dos servidumbres del art. 553, y 3.º, para indicar el desarrollo de la materia de servidumbres impuestas á los predios ribereños, á que el Código expresamente no se refiere y que la ley señala en diferentes artículos.

Según advierten casi todos los tratadistas y comentaristas del Código civil, el precepto del mismo que examinamos no podríamos entenderlo ni por sí, ni con ayuda de otros artículos del mismo documento legal. Necesitamos acudir á la ley de Aguas en busca de lo que son riberas y márgenes—ya que el Código no define estos términos cuando habla de las aguas como propiedad especial—si es que queremos hacernos cargo del valor é importancia de las servidumbres á que nos estamos refiriendo. Según el art. 35 de dicha ley, «se entiende por *riberas* las fajas laterales de los alveos de los ríos comprendidas entre el nivel de sus bajas aguas y el

que éstas alcancen en sus mayores avenidas ordinarias»; por *márgenes* entiéndese «las zonas laterales que lindan con las riberas».

Ahora bien: teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley en los arts. 32 á 34 acerca del dominio de los alveos, y en el 31, respecto de cómo puede ejercerse el dominio privado de los alveos, desde luego se ve que, si no en todo, en su mayor parte, el peso de la servidumbre recae sobre las márgenes.

Pasemos ahora á determinar el contenido propio de cada una de las dos servidumbres.

La servidumbre, en interés general de la navegación, flotación, pesca y salvamento, implica, como se ve, una carga en beneficio público del uso de otros bienes, ó sea de *los ríos*—para hacer posible su destino económico,—impuesta sobre los predios ribereños: la extensión de esta servidumbre está determinada en general por los servicios á que se destina y especialmente por los términos expresos del art. 36 de la ley: la zona sometida á la servidumbre es de tres metros paralelamente á los ríos.

Pero surge aquí una dificultad de interpretación, nacida de cómo los redactores del Código civil han mantenido en este caso la dualidad de legislaciones. Los términos de ambas no coinciden. El Código civil fija en tres metros la zona de la servidumbre, sin añadir ningún detalle explicativo. En cambio, la ley, en los párrafos segundo y tercero de su art. 36, dice: «Sin embargo, cuando los accidentes del terreno ú otras legítimas causas lo exigiesen, se ensanchará ó estrechará la zona de esta servidumbre, conciliando en lo posible todos los intereses. El reglamento determinará cuándo, en qué casos y en qué forma podrán alterarse las distancias marcadas en este artículo.» Ahora bien: ¿cómo deben aplicarse aquí los preceptos legales? ¿Se ha de entender derogado lo no consignado por el Código civil? En su virtud, la zona, ¿será invariablemente de tres metros? Creemos que no: estos artículos del Código civil han de aplicarse como cita legal primera y al tenor del art. 563, esto es, con el complemento de la ley de Aguas. El procedimiento para la aplicación del art. 36 de la ley, en su

párrafo segundo, puede verse desarrollado en la Real orden de 5 de Septiembre de 1881.

Los párrafos segundo y tercero del art. 553 refiérense á la servidumbre de camino de sirga: tiene de particular y difiere en esto de la anterior, el que se establece *exclusivamente* para el servicio de «la navegación y flotación fluvial». En el primer párrafo se contiene una declaración general absoluta: «Los predios (todos) contiguos á las riberas de los ríos navegables ó flotables están sujetos á la servidumbre de camino de sirga...»; pero «si fuese necesario, añade el otro párrafo, ocupar para ello terrenos de propiedad particular, precederá la correspondiente indemnización». Ahora bien: los términos del art. 553 son notoriamente insuficientes. Hay, en efecto, una porción de cuestiones relacionadas con la servidumbre de que tratamos, que es preciso resolver con el complemento de la ley de Aguas (sección 4.ª del tít. 3.º). Tales son:

Primera. ¿Qué extensión material entraña esta servidumbre? «La anchura de éste—del camino de sirga—será de un metro si se destinara á peatones, y de dos si á caballerías» (art. 112) (1).

Segunda. ¿Quién puede fijar la existencia de la servidumbre? «El Gobierno, dice el art. 113, al clasificar los ríos navegables y flotables, determinará la margen del mismo por donde haya de llevarse en cada sitio el camino de sirga.»

Tercera. ¿Están todas las vías de navegación terrestre sujetas á esta servidumbre? «Para los canales de navegación no se impondrá la servidumbre de sirga, si no se acreditase su necesidad» (artículo 117).

Cuarta. ¿Cuál es la condición de esta servidumbre en cuanto al tiempo? «Cuando un río navegable ó flotable deje permanentemente de serlo, cesará también la servidumbre de camino de sirga (art. 115).

Quinta. ¿Qué prohibiciones entraña esta servidumbre para el

---

(1) «Cuando lo escarpado del terreno ú otros obstáculos lo exijan, el camino de sirga se abrirá por el sitio más conveniente» (véase todo el artículo 112 de la ley de Aguas).

dueño del predio sirviente? «En el camino de sirga no podrán hacerse plantaciones, siembras, cercas, zanjas ni otras obras ó labores que embaracen su uso. El dueño del terreno podrá, no obstante, aprovecharse exclusivamente de las leñas bajas ó yerbas que naturalmente se críen en él» (art. 118). Además: «Las ramas de los árboles que ofrezcan obstáculos á la navegación ó flotación y al camino de sirga, serán cortadas á conveniente altura» (art. 119).

El párrafo tercero del art. 553 del Código, está también en armonía con la ley de Aguas. En efecto, dispone ésta en dos casos la indemnización al dueño del predio sirviente. Uno es el del artículo 112. Cuando sea necesario acomodar á los accidentes del terreno el camino de sirga, «y siempre que el camino penetre en las propiedades colindantes *más de la zona* señalada» á dicho camino, según el citado artículo, «se abonará á los dueños de aquéllas el valor del terreno que se ocupe». Otro es el del art. 114. «En los ríos que en lo sucesivo, dice, adquieran las condiciones de navegables ó flotables, por virtud de obras que en ellos se ejecuten, precederá al establecimiento del camino de sirga la correspondiente indemnización, con arreglo á la ley de Expropiación forzosa.» Ahora bien: con arreglo al Código, si para establecer el camino de sirga fuese necesario ocupar terrenos de propiedad particular, precederá la correspondiente indemnización, lo cual entraña un precepto de carácter general, que comprende los dos casos de la ley de Aguas.

El art. 553, y en rigor todo el tratado de estas servidumbres del Código, deja incompleta en este punto la materia. Habla, en efecto, sólo de dos servidumbres, sin especificar todos los gravámenes que de análoga índole impone la ley de Aguas—arts. 120 á á 124—á los predios ribereños, aun cuando bien pudiera estimarse que casi todas esas servidumbres, que están establecidas en beneficio de la navegación y flotación, se hallan implícitamente contenidas en los términos del art. 553 en su párrafo primero. En nota especificamos las servidumbres á que nos referimos (1).

---

(1) *Ley de Aguas de 1879*:

Art. 120. Los predios ribereños están sujetos á las servidumbres de que

ARTICULO 554

Cuando para la derivación ó toma de aguas de un río ó arroyo, ó para el aprovechamiento de otras corrientes continuas ó discontinuas, fuese necesario establecer una presa, y el que haya de hacerlo no sea dueño de las riberas ó terrenos en que necesite apoyarla, podrá establecer la servidumbre de estribo de presa, previa la indemnización correspondiente.

Los antecedentes legales de este precepto del Código civil están en los arts. 142 á 146 de la ley de Aguas de 1866, y arts. 102 y 104 de la de 1879. Una disposición análoga es la del art. 556 del proyecto de 1882. Concuerda este art. 554 con el 613 del Código civil italiano.

---

en ellos se sujeten á afiancen las maromas ó cables necesarios para el establecimiento de barcas de paso, previa indemnización de daños y perjuicios, así como á consentir el amarre accidental, en casos extremos, de embarcaciones ú objetos de tránsito, indemnizando también.

Art. 121. Si para precaver que las avenidas arrebaten las maderas ú objetos conducidos á flote por los ríos, fuese necesario extraerlos y depositarlos en los predios ribereños, los dueños de éstos no podrán impedirlo, y sólo tendrán derecho al abono de daños y perjuicios. A él quedarán especialmente responsables las maderas ú objetos, los cuales no se retirarán sin que sus conductores hayan pagado ó prestado fianza.

Art. 122. También están sujetos los predios ribereños á consentir que se depositen en ellos las mercancías descargadas y salvadas en caso de avería, naufragio ú otra necesidad urgente, quedando responsables las mismas al abono de daños y perjuicios, en los términos del artículo anterior.

Art. 123. Los dueños de las márgenes de los ríos están obligados á permitir que los pescadores tiendan y sequen en ellas sus redes y depositen temporalmente el producto de la pesca, sin internarse en la finca ni separarse más de tres metros de la orilla del río, según el art. 36, á menos que los accidentes del terreno exijan en algún caso la fijación de mayor anchura. Donde no exista servidumbre de tránsito por las márgenes para los aprovechamientos comunes de las aguas, podrá el Gobernador establecerlo señalando su anchura, previa la indemnización correspondiente.

Art. 124. Cuando los cauces de los ríos ó barrancos hayan de desbrozarse y limpiarse de arena, piedra ú otros objetos depositados por las aguas, que obstruyendo ó torciendo su curso, amenacen con sus daños, se someterán los predios ribereños á la servidumbre temporal y depósito de las materias extraídas, abonándose los daños y perjuicios ó dándose la oportuna fianza.

Art. 125. (Refiérese al establecimiento de estas servidumbres.)

La composición del art. 554 parece desviarse en sus términos literales de los preceptos consignados en la vigente ley de Aguas relativos á la misma servidumbre. Según el art. 102 de esta ley, «puede imponerse la servidumbre forzosa de estribo, cuando el que intenta construir una presa no sea dueño de la ribera ó terrenos donde haya de apoyarla, y el agua que por *ella deba tomar se destine á un servicio público ó de interés privado de los comprendidos en el artículo 77*» (luego indicaremos cuáles son estos servicios del art. 77). Según el art. 104, «decretada la servidumbre forzosa de estribo de presa, *se abonará al dueño del predio ó predios sirvientes el valor que por la ocupación del terreno corresponda, y después se le indemnizará de los daños y perjuicios que pudieran haber experimentado las fincas*».

Comparando lo dispuesto en estos dos artículos con los términos del 554 del Código, se advierten dos variantes. Por la ley se impone como condición para poder reclamar el establecimiento de la servidumbre de estribo de presa, la de que quien lo solicite la destine á uno de los servicios taxativamente señalados en el art. 77, al tratar de la servidumbre forzosa de acueducto. En cambio, el Código civil nada dice de esto: según él, basta que para la derivación ó toma de agua..... *sea necesario establecer una presa.* Ahora bien: ¿será preciso, al reclamar esta servidumbre, señalar que el agua se necesita para un servicio público, ó bien para el servicio privado del riego, baños, industrias, desecación de lagunas ó pantanos, evasión ó salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales, salida de aguas de cimientos ó drenajes? Lo tenemos por indudable, pues alguna razón de interés público ó privado ha de alegar el que solicite esa servidumbre para que pueda ser atendida su reclamación. El Código establece la regla general, declarando en su artículo 563 que se estará á lo que dispone la ley especial, «en cuanto no se haya previsto por el Código», en lo relativo «al *establecimiento, extensión, forma* y *condiciones de las servidumbres de aguas*».

Respecto de la segunda modificación indicada, en rigor el artículo 104 de la ley de Aguas es un desarrollo en detalle del pre-

cepto general del Código, imponiendo la indemnización en favor del dueño ó dueños de los predios sirvientes.

Razonando y al propio tiempo explicando el contenido del artículo 554, la servidumbre de estribo de presa tiene un fundamento análogo á la de acueducto: mediante ella se condicionan ó hacen posibles los servicios públicos y privados á que se refieren el art. 77 de la ley y otros. Puede decirse que está establecida en beneficio de la agricultura, de las industrias y de la higiene.

En cuanto al otorgamiento de esta servidumbre, se aplican los preceptos legales relativos á la servidumbre de acueducto, de que luego hablaremos.

ARTICULO 555

Las servidumbres forzosas de saca de agua y de abrevadero solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población ó caserío, previa la correspondiente indemnización.

ARTICULO 556

Las servidumbres de saca de agua y de abrevadero llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso á las personas y ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse aquéllas, debiendo ser extensiva á este servicio la indemnización.

El referirse estos dos artículos á la misma servidumbre, y más aún, el entrañar el segundo una simple consecuencia *natural* y *legal* del primero, nos obliga á comprenderlas, con las concordancias necesarias de la ley de Aguas, en un mismo comentario. Aunque sin darles el carácter de forzosas, hablan las leyes de Partida (5.ª y 6.ª del tít. 31, Part. 3.ª) de estas servidumbres. La *Aquas haustus* como derecho á sacar agua de fuente ajena, y la *Pecoris ad aquam appulsus,* como servidumbre mediante la cual el dueño de una finca, que tiene en ella fuente, pozo ó estanque, concede á otra próxima,

que carece de tal elemento, el derecho de beber al dueño del predio dominante, sus servidores y sus ganados, tenían en las referidas leyes el carácter de servidumbres voluntarias. Con el de forzosa la encontramos en las leyes de Aguas, cuyos arts. 147 á 151 de la ley de 1866 y 107 y 108 de la de 1879, debemos estimar como antecedentes legales de los arts. 555 y 556 del Código civil. La razón de la imposición de esta servidumbre como legal, forzosa, está muy bien expresada en la brillante exposición de motivos de la ley especial de Aguas. Trátase de favorecer el establecimiento de la población rural, facilitándole el uso de las aguas, fuera de las condiciones para ella inaplicables, exigidas para el abastecimiento de las poblaciones.

Las dos servidumbres—saca de agua y abrevadero—tienen, pues, un igual fundamento, y además tienen análoga extensión, general é idéntico alcance en sus términos: sólo pueden establecerse *por causa de utilidad pública en favor de alguna población ó caserío*, previa siempre la correspondiente indemnización. Según ésto, no se trata de servidumbres concedidas *a priori* y aprovechables de pleno derecho, sino que han de ser: 1.°, motivadas por utilidad pública, y 2.°, reclamadas por la representación legal de la población ó caserío. Un particular aislado no puede reclamarlas; es preciso un grupo numeroso de población, esto es, *varias casas* formando poblado rural. La exposición de motivos antes citada indicaba estas servidumbres en favor de «las poblaciones que cuenten al menos diez vecinos».

¿Y cuál es la extensión de estas servidumbres? La definen de un lado el copiado art. 556 del Código civil y los arts. 108 á 111 de la ley. En su virtud, se ha de tener en cuenta: 1.°, que estas servidumbres no pueden imponerse, á partir de la ley de Aguas, «sobre los pozos ordinarios, las cisternas ó aljibes, ni los edificios ó terrenos cercados con pared» (art. 108); y 2.°, que teniendo en cuenta la finalidad de las servidumbres, según el art. 556 del Código civil y 109 de la ley, las servidumbres de abrevadero y de saca de agua llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso á personas y ganados hasta el punto donde hayan de

ejercerse aquéllas, debiendo ser también extensiva á este servicio la indemnización.

Pero hay una duda que el Código no resuelve. Las servidumbres de que tratamos se traducen materialmente en el uso discontinuo del predio ó predios sirvientes, lo cual implica la designación necesaria de un camino á los efectos del art. 556 del Código. Ahora bien: ¿cómo se determina este camino ó paso? Es preciso acudir á los términos de la concesión, toda vez que en ella, dice el art. 110 de la ley de Aguas, se fijará, según su objeto y las circunstancias de la localidad, la anchura de la vía ó senda que haya de conducir al abrevadero ó punto destinado para sacar agua; mas teniendo presente que los dueños de los predios sirvientes podrán variar la dirección de la vía ó senda destinada al uso de estas servidumbres, aunque no su anchura, y en todo caso sin que la variación perjudique el uso de la servidumbre.

DE LA SERVIDUMBRE FORZOSA DE ACUEDUCTO

La importancia de esta servidumbre nos mueve á tratarla bajo epígrafe especial, ordenando las diferentes disposiciones que acerca de la misma contiene el Código civil y su necesario complemento la ley de Aguas. *Las fuentes legales que regulan* ampliamente esta serservidumbre son: 1.°, los artículos 557 á 561 del Código civil; y 2.°, la sección primera del capítulo 9.°, tít. 3.° de la ley especial de Aguas de 1879 (arts. 75 á 101).

Los antecedentes legales de la disposición de los arts. 557 á 561 del Código civil, los constituyen por de pronto las mismas leyes de Partida, si bien éstas hablan de la servidumbre de acueducto como voluntaria ó convencional (ley 4.ª, tít. 31 de la Part. 3.ª). Como servidumbre forzosa, concedida para el riego, la señalan los redactores de la Exposición de motivos de la ley de Aguas, en el derecho valenciano: existía allí ya desde la primera mitad del siglo XIII, habiendo sido extendida á toda la nación por la ley de 24 de Junio de 1849. Con la amplitud debida, para servicios determinados públicos y privados, regulan esta servidumbre los arts. 117 á 141 de la ley de Aguas de 1866 y los citados de la de 1879, aludiendo á

ella ya antes el Real decreto de 29 de Abril de 1860. Por lo demás, el Código civil reproduce analógicamente los art. 496 á 500 del proyecto de Código de 1851 y los 557 á 563 del de 1882.

Códigos extranjeros.—De la servidumbre de acueducto habla, aludiendo á ella, el art. 644 del código francés. Donde encuentra un desarrollo más amplio y detallado que en nuestro Código (sin la ley), es en el código italiano (arts. 598 á 615), en el portugués (arts. 456 á 461), en el de Guatemala (arts. 1218 á 1231), en el del Uruguay (arts. 532 y siguientes), en el de Méjico, (artículos 1074 y siguientes) y otros.

Explicación concordada del Código civil y de la ley de Aguas.—Con el objeto de proceder ordenadamente en el desarrollo concordado de las disposiciones del Código civil y de las que quedan vigentes de la ley especial de Aguas, trataremos sucesivamente y según el orden del Código los siguientes puntos: 1.°, definición legal de la servidumbre forzosa de acueducto; 2.°, requisitos para su establecimiento; 3.°, condiciones de la misma: límites y excepciones, y 4.°, clasificación legal de esta servidumbre.

1.° *Definición legal de la servidumbre forzosa de acueducto.* El texto dice:

ARTÍCULO 557

Todo el que quiera servirse del agua de que puede disponer para una finca suya, tiene derecho á hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación de indemnizar á sus dueños, como también á los de los predios inferiores sobre los que se filtren ó caigan las aguas.

La definición legal de la servidumbre forzosa de acueducto, según este artículo, pudiera formularse diciendo que consiste en el derecho de conducir *el agua de que se puede disponer*, haciéndola pasar por los predios intermedios, para uso y utilidad de una finca propia, con la consecuencia de la indemnización, tanto á los dueños de los predios intermedios, como á los de los inferiores por donde el

agua filtre ó salga. Implica, pues, un derecho *á hacer pasar* el agua por fincas que no son de nuestra propiedad, en una de las formas que indica el art. 86 de la ley de Aguas.

El concepto de la servidumbre de acueducto, según el Código, difiere en sus términos, y por consecuencia en su objeto y alcance, de lo que resulta de la ley de Aguas. Brevísimas indicaciones lo demuestran. El art. 557 refiérese á *una* servidumbre de acueducto de carácter genérico: derecho á llevar para una *finca propia las aguas de que se dispone*. En cambio, la ley habla de la servidumbre forzosa de acueducto «para la conducción de aguas *destinadas á algún servicio público* que no exige la expropiación de terrenos» (artículo 75), y luego de la misma servidumbre «para objetos de interés privado, *en los casos siguientes*: 1.º, establecimiento ó aumento de riego; 2.º, establecimiento de baños y fábricas; 3.º, desecación de lagunas y terrenos pantanosos; 4.º, evasión ó salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales; 5.º, salida de aguas de escorrentías ó drenajes»; estando esto en relación con lo que luego disponen los arts. 79 y 80 de la misma ley.

Ahora bien: ¿cómo relacionar estos dos conceptos? ¿Puede suponerse derogado el concepto de la ley de Aguas por el del Código? En manera alguna. Primeramente, tenemos la sentencia de 27 de Octubre de 1890 del Tribunal de lo Contencioso-administrativo, que aplica como vigente después del Código civil, el número 1.º del art. 77 en concordancia con el 80 y 83 de la ley de Aguas de 1879. Por otro lado, los términos del artículo 557 no entrañan un concepto derogatorio, sino más bien un concepto general ó más amplio de la servidumbre forzosa de acueducto. Realmente, la legislación actual vigente después del Código civil reconoce la existencia de *tres* distintas especies de la servidumbre de que hablamos: 1.º, servidumbre forzosa de acueducto *por interés público* (arts. 75 y 76 de la ley); 2.º, servidumbre de la misma clase para objetos de *interés privado determinados taxativamente* por el art. 77 de la ley (régimen especial de los arts. 77 á 81 de la ley); y 3.º, servidumbre forzosa de acueducto para el *servicio de una finca propia con agua de que se pueda disponer* (art. 557 del Có-

digo civil con el 558 concordados con los arts. 80 y 81 de la ley). Luego tenemos en la ley disposiciones de carácter general aplicables á *las* servidumbres de acueducto en los arts. 83 (véase art. 559 del Código) y siguientes de la ley.

2.° *Requisitos para su establecimiento.* El texto dice:

ARTÍCULO 558

El que pretenda usar del derecho concedido en el artículo anterior está obligado:

1.° A justificar que puede disponer del agua y que ésta es suficiente para el uso á que la destina.

2.° A demostrar que el paso que solicita es el más conveniente y menos oneroso para tercero.

3.° A indemnizar al dueño del predio sirviente en la forma que se determine por las leyes y reglamentos.

Interpretando el contenido de este artículo en relación con el anterior y con las condiciones de la servidumbre de que hablamos, los requisitos para el establecimiento de esta servidumbre son los siguientes:

a) Fijación del destino del agua.—Al pronto parecerá esta exigencia no explícitamente contenida en el art. 558, en contradicción con lo dicho anteriormente respecto del carácter general de este artículo comparado con el art. 77 de la ley. Pero no hay tal. El requisito indicado va implícitamente exigido por el artículo 557, que pide que el agua que se quiera hacer pasar por la finca ó fincas ajenas sea para *una finca propia*, y va además implícita en el núm. 1.° del artículo 558, que pide que el agua sea *suficiente* para el *uso á que se destine.* ¿Cómo saber si lo es, sin indicar cuál es este uso?

Pero, ¿cuál es el límite del destino para poder imponer esta servidumbre? Es preciso distinguir. Si se trata de conducir aguas de que se puede disponer, para el servicio de una finca propia, á través de fincas ajenas, no hay otro límite que éste: el que *la finca sea propia.* El agua ha de ser llevada á esa finca y para servirse

de ella. No es lo mismo—y por eso no conceptuamos derogatorio el art. 557 del Código del 77 de la ley,—si se trata de conducir aguas de que se puede disponer—demostrándolo, al tenor del número 1.° del art. 80 de la ley, en lo que es posible—á un terreno, *ó bien hacerlas salir* de un terreno de que no se es propietario, sino concesionario, por ejemplo. En ese caso, es preciso ajustarse al artículo 77 de la ley, señalando uno de los servicios de interés privado allí designados.

b) Justificación de que se puede disponer del agua.—Es condición indispensable de las dos formas legales de la servidumbre de acueducto, teniendo aplicación aquí para el que solicite la servidumbre, el núm. 1.° (primer inciso) del art. 558: según él, el solicitante ha de justificar, al solicitar el uso del derecho del art. 557, que puede disponer del agua, y siendo aplicable para el que se cree con derecho á oponerse el art. 80 de la ley de 1879 (número 1.°) por el que éste puede oponer la excepción de que el solicitante no es el que tiene derecho á disponer del agua.

Pero, ¿qué es lo que debemos entender por *poder disponer del agua?* La contestación ofrece alguna dificultad. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código civil, en sentencia de 7 de Mayo de 1870, dictada por la Sala 3.ª que conocía entonces de lo contencioso-administrativo, para que pueda imponerse la servidumbre de acueducto, con el carácter de forzosa, para objetos de interés privado, es preciso que el solicitante sea dueño ó propietario del agua que intente utilizar. ¿Pero es que no podría disponerse del agua por otro título? ¿No dice el art. 80, dueño ó concesionario? Por otra parte, según advierte el Sr. Navarro Amandi (1), y con él el Sr. Sánchez Román, la cuestión tiene hoy otro aspecto. ¿Podrá el dueño de una fuente ó de las aguas pluviales, á pesar de lo que dice la sentencia citada, *disponer* como propietario de dichas aguas para hacerlas pasar con servidumbre forzosa de acueducto por los predios intermedios para llevarlas á otra finca? Realmente, con arreglo al núm. 1.° del art. 408 y art. 412 del Có-

(1) *Cuestionario del Código civil*, tomo 2.°, pág. 307.

digo, que declaran de dominio privado las aguas que nacen ó se recogen en un predio de propiedad particular, pero que en cuanto salen de él adquieren la calidad de públicas, «no parece, escribe el citado Sr. Navarro Amandi, que el dueño de la fuente ó del agua recogida tenga derecho de llevar estas aguas á otro predio inferior, gravando con un acueducto á una finca intermedia». Según esto, el solicitante deberá probar que puede disponer por título suficiente del agua que dice lleva á su finca.

c) Que el agua es suficiente para el uso á que se destina.—No debe interpretarse esta exigencia legal en un sentido amplio, que sería impropio. Sin duda la intención del legislador ha debido ser la demostración de que el agua que se quiere conducir á un fundo á través de otros se aplique útilmente: tal se infiere relacionando este número del art. 558 con el art. 557. Puede el agua solicitarse para cualquiera de los usos necesarios de la vida. Una limitación clara es la de que si, por ejemplo, se pide imponer una servidumbre de acueducto para llevar aguas á una finca, destinadas á un servicio plenamente satisfecho de otro modo, no hay derecho á imponerla. Pero no ha de entenderse lo de la suficiencia en sentido *extensivo*, que siempre tiene que ser muy indeterminado. Si se pide el paso del agua para regar en una finca, no ha de entenderse improcedente la petición porque esa agua pueda ser insuficiente, para regar á satisfacción *toda la finca.*

d) Demostración de que el paso que se solicita es el más conveniente y menos oneroso para tercero.—Trátase de un requisito que no es fácil interpretar *a priori*: es de aplicación esencialmente circunstancial: su desarrollo compete principalmente al arte administrativo-judicial. Como principio general, puede decirse que, para fijar la conveniencia y lo gravoso del paso, se han de tener presentes las circunstancias de las fincas por donde puede atravesar aquél, la pendiente y demás. Como advierte Ricci, para entablar esta servidumbre deben tenerse en cuenta dos criterios: «el de la brevedad de la vía, y el del menor daño posible del predio sirviente. Sin duda, que lo de la brevedad del acueducto no puede interpretarse sólo en sí misma, sino en relación con la facilidad

del paso del agua hasta su salida y al gasto exigido. Así no puede decirse que el agua debe pasar por aquel fundo que ofrezca un menor trayecto, sino en aquel caso en que la línea de paso se armonice con los intereses de los fundos dominante y sirviente»

e) Indemnización al dueño del predio sirviente en la forma que se determine por las leyes y reglamentos.—Este requisito está implícitamente contenido en el mismo art. 557 del Código. Su desarrollo y aplicación se encuentra regulado en el art. 88 de la ley de Aguas, en esta forma: «Si la servidumbre fuese temporal, se abonará previamente al dueño del terreno el duplo del arriendo correspondiente á la duración del gravamen por la parte que se ocupe, con la adición del importe de los daños y desperfectos para el resto de la finca, incluso los que procedan de su fraccionamiento por interposición de la acequia. Además, será de cargo del dueño del predio dominante el reponer la cosa á su antiguo estado terminada la servidumbre. Si ésta fuese perpetua, se abonará el valor del terreno ocupado, y el de los daños ó perjuicios que se causaren al resto de la finca.»

Y tales son los requisitos que pudiéramos llamar de fondo de la servidumbre que estudiamos. Hay otros de procedimiento, de que no tratamos aquí por ser de carácter genuinamente administrativo, pero que pueden verse regulados en los arts. 76, 78, 79 y 82 de la ley de Aguas.

Figuran entre las mayores dificultades prácticas, en cuanto á la aplicación de las disposiciones legales sobre esta servidumbre, las que se suscitan al interpretar las relativas á los requisitos para su establecimiento. Dado el Código, y su concordancia con la ley, puede decirse qne el principio general se formula diciendo que el solicitante de la servidumbre del art. 557 debe probar los extremos indicados como requisitos en las consideraciones anteriores, y que el interesado ha de hacer su oposición con arreglo al art. 80 de la ley, y teniendo en cuenta que el procedimiento habrá de tomar el giro, según los casos, que marca el art. 81.

Jurisprudencia.—Interpretan y aclaran las cuestiones á que la prueba de los requisitos da lugar, algunas sentencias del Tribu-

nal Supremo en lo contencioso-administrativo. Por sentencia de 31 de Marzo de 1873 se dispone que, cuando se suscite oposición por el dueño del terreno sobre que se quiere imponer la servidumbre de acueducto, alegando que el que la solicita no es ni dueño ni concesionario de las aguas, ó se promueve controversia sobre su aprovechamiento, de modo que con arreglo al art. 126 de la ley de 1866 (81 de la vigente), deban entender los tribunales de justicia, no se puede otorgar la servidumbre hasta que dichos tribunales resuelvan. Por Real decreto-sentencia de 19 de Junio de 1879, se declaró la misma doctrina. Por último, la sentencia de 27 de Octubre de 1890 declaró la procedencia del establecimiento de la servidumbre cuando los impugnadores no justifican su oposición.

3.° *Condiciones de esta servidumbre, limitaciones, derechos y excepciones.*—La aplicación de todo esto exige una amplia aplicación de las disposiciones de la ley de Aguas, concordada con los artículos del Código. Todo lo que el Código dice, es lo siguiente:

ARTÍCULO 559

No puede imponerse la servidumbre de acueducto para objeto de interés privado sobre edificios, ni sus patios ó dependencias, ni sobre jardines ó huertas ya existentes.

ARTÍCULO 560

La servidumbre de acueducto no obsta para que el dueño del predio sirviente pueda cerrarlo y cercarlo, así como edificar sobre el mismo acueducto de manera que éste no experimente perjuicio, ni se imposibiliten las reparaciones y limpias necesarias.

El primero de los dos artículos copiados, reproducción casi literal del art. 83 de la ley, contiene, por extraordinario, una excepción que implica una limitación general al derecho de imponer servidumbre forzosa de acueducto. Según dicho artículo, no todos los predios son susceptibles de serlo sirvientes en la relación jurí-

dica que el acueducto supone. Pero, ¿es que acaso no tiene esta servidumbre ninguna otra limitación objetiva? De ningún modo: otra limitación de carácter circunstancial la impone el art. 84 de la ley de Aguas.

El otro artículo del Código, que reproduce en parte el 96 de la ley, contiene una de las condiciones en que puede prácticamente usarse de la servidumbre de acueducto y entraña cierta delimitación de los derechos respectivos de los dueños de los predios dominante y sirviente. Y esto es todo.

Ahora bien: ¿puede, en vista de estas disposiciones del Código civil, conceptuarse que éste ha formulado los preceptos fundamentales relativos á las condiciones, forma, límites y demás de tan interesante servidumbre forzosa? En manera alguna. A tenor del art. 563, el Código deja á la ley la regulación de los siguientes puntos:

1.° Cómo puede establecerse esta servidumbre en lo relativo á su forma técnica (arts. 86 y 91 de la ley de Aguas).

2.° Modos temporal y perpetuo de la servidumbre (arts. 86 y 89 de dicha ley).

3.° Derechos respectivos de los dueños de los predios sirviente y dominante (arts. 90, 92, 93, 95, 96, 97 y 99 de la ley).

4.° Aumento del gravamen (art. 94 de la ley); y

5.° Maneras particulares de extinguirse esta servidumbre (artículo 100 de la misma, en lo que sea aplicable respecto de la prescripción).

4.° *Clasificación legal de esta servidumbre.*—Dice el texto:

ARTICULO 561

Para los efectos legales, la servidumbre de acueducto será considerada como continua y aparente, aun cuando no sea constante el paso del agua, ó su uso dependa de las necesidades del predio dominante, ó de un turno establecido por días ó por horas.

No tiene esta disposición del Código civil su antecedente en la legislación patria, ni directa concordancia con los códigos extranjeros. ¿Cuál será la causa que habrá movido al legislador para formularla? ¿Era esta disposición necesaria después de la definición legal de las servidumbres continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, del art. 532? ¿Es que acaso la servidumbre de acueducto entraña formas posibles, de dudosa interpretación, si se quiere clasificarlas como continuas ó discontinuas, aparentes ó no aparentes?

Ya al comentar el art. 532 queda dicho algo que puede servir para explicar la disposición contenida en el presente. Entonces hicimos notar que ciertas formas de uso de las servidumbres de acueducto pueden quizá estimarse como discontinuas, porque aun cuando resultan establecidas en condiciones materiales, el uso de las mismas en concreto depende á veces de la intervención del hombre, ó bien es un uso intermitente ó periódico. Sin duda, que bien interpretada la intervención del hombre—tal como, v. gr., la explica Pacifici-Mazzoni — el que un hombre tenga que manejar una bomba ó un artefacto cualquiera para que el agua corra por un acueducto, no hace de esta servidumbre una servidumbre discontinua, por lo que acaso no era indispensable, á lo menos en esta parte, la declaración del Código; pero si se tiene en cuenta que éste, á diferencia de otros, v. gr., el código francés (art. 688) y el código italiano (art. 617), que citan expresamente por vía de ejemplo el acueducto como servidumbre continua, se limita á definir en general las diferentes clases de servidumbres, se comprende que haya querido disipar toda duda posible, consignando que la servidumbre de acueducto es continua «aun cuando no sea constante el paso del agua, ó su uso dependa de las necesidades del predio dominante, ó de un turno establecido por días ó por horas».

Análogas razones—y aquí doblemente reforzadas—son las que han aconsejado al legislador á definir como *aparentes* siempre las servidumbres de acueducto. La servidumbre de acueducto es de un modo natural *aparente*; pero ya hemos visto que hay maneras

de constitución de la misma, en que desaparecen los signos exteriores que revelan su aprovechamiento. De las tres maneras que señala la ley de Aguas en su art. 86 para constituirse la servidumbre citada, *dos* la disimulan ó quitan toda apariencia externa: tales son la forma de acequia cubierta, y la de tubería ó cañería introducida bajo tierra. Además, según el art. 560 del Código, el dueño del predio sirviente puede dentro de ciertas condiciones edificar ó construir sobre el acueducto, en cuyo caso también pueden desaparecer los signos exteriores que la revelan. Ahora bien: la ley ha querido que, aun en esos casos, se estime la servidumbre de acueducto como aparente.

Pero, ¿y á qué *efectos legales* alude el art. 561? Esto no ofrece duda: á la manera de constituirse y de extinguirse la servidumbre *legal* de acueducto. Apropósito de esto, nos remitimos á lo expuesto en su lugar oportuno.

ARTÍCULO 562

El que para dar riego á su heredad ó mejorarla, necesite construir parada ó partidor en el cauce por donde haya de recibir el agua, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción, previo abono de daños y perjuicios, inclusos los que se originen de la nueva servidumbre á dichos dueños y á los demás regantes.

Este artículo reproduce el 564 del proyecto de Código de 1882, y es copia casi literal, con las modificaciones que indicaremos, del art. 105 de la ley de Aguas vigente.

Implica esta servidumbre, al tenor del art. 562, para su forzoso establecimiento:

1.° Demostración por parte del dueño del predio dominante de que *necesita* del agua para el riego ó mejora de una finca propia.

2.° Que las márgenes del cauce donde sea necesario construir la parada ó partidor, sean de propiedad ajena.

3.° Abono previo de daños y perjuicios en los términos que el Código dispone.

En la ley—art. 105—se leía otra condición más, que el Código ha suprimido. Era preciso que fuese «sin vejamen ni mermas á los demás regantes». Sin duda, conceptuó el Código esta limitación innecesaria, toda vez que se infiere de la regla general, bajo que es preciso hacer siempre los aprovechamientos de aguas, sin perjuicio de tercero que tenga un derecho anterior que hacer valer.

Pero, y ¿cómo puede establecerse esta servidumbre si hubiera oposición de parte de los interesados? Según el art. 106 de la ley, «si los dueños de las márgenes se opusieran, el alcalde, después de oirles, y al síndico encargado de la distribución de las aguas, si lo hubiese, ó por falta de éste al ayuntamiento, podrá conceder el permiso. De la resolución del alcalde cabrá recurso ante el gobernador de la provincia».

ARTCULO 563

El establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas, de que se trata en esta sección, se regirán por la ley especial de la materia en cuanto no se halle previsto en este Código.

Es una declaración legal, la de este artículo, indicativa de las fuentes del derecho en la materia de servidumbres de aguas y del orden con que deben ser citadas y aplicadas, declaración impuesta, como otras análogas, por las circunstancias, en cuanto responde al sistema aceptado por el Código, según las bases de la ley de 11 de Mayo de 1888, en sus relaciones con las leyes especiales de general observancia; leyes confirmadas por él después de haber extraído de ellas aquellas disposiciones que se reputan sustantivas. Este artículo, como el 425, respecto de la propiedad especial de las aguas, disponen que las fuentes del derecho son y han de ser consultadas por este orden: 1.°, el Código civil; 2.°, la ley especial de Aguas de 1879.

Ninguna indicación tenemos que hacer á guisa de comentario del art. 563. Se recordará que nuestra principal tarea en los comentarios acerca de las servidumbres de aguas, se ha contraído precisamente, de un lado, á concordar las disposiciones sustantivas del Código civil con sus análogas de la ley, y de otro, á completar la doctrina incompleta de aquel con las disposiciones más interesantes de ésta, que es lo que el repetido art. 563 exige.

SECCIÓN TERCERA

DE LA SERVIDUMBRE DE PASO

El Código civil, ha modificado radicalmente el carácter, alcance y condiciones de esta servidumbre, que en el concepto de *voluntaria* ó *convencional* tan sólido arraigo tiene en el derecho romano y en el derecho español. No diremos ahora los cambios introducidos por aquél en la organización jurídica de las servidumbres de paso, como servidumbre *forzosa*, *legal*, pues á su tiempo oportuno y en el comentario del articulado se anotarán las diferencias producidas. Por el momento, basta lo que queda indicado, á saber: que el Código ha hecho de esta servidumbre, que en el derecho anterior—fuera del antecedente del *Fuero Viejo de Castilla* (1)—tenía un carácter predominantemente voluntario, una servidumbre legal con todas las consecuencias que esto supone.

Considerando, en ojeada previa general, el contenido del articulado de esta sección, podemos decir que en él se contiene: 1.°, el concepto *legal* de la servidumbre de paso bajo sus diferentes formas, como servidumbre impuesta en beneficio de fincas y para facilitar ó hacer posible su destino: *a)* continua permanente, para todos los servicios, y *b)* discontinua para ciertos usos (art. 564), y como servidumbre temporal para la construcción de obras (artículo 569); 2.°, las condiciones generales del establecimiento de las primeras (arts. 565 á 567); 3.°, caso de extinción (art. 568), y 4.°, las servidumbres especiales *pecuarias* (art. 570).

(1) Ley 5.ª, tít. 5.°, libro 4.°

ARTÍCULO 564

El propietario de una finca ó heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida á camino público, tiene derecho á exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización.

Si esta servidumbre se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante estableciendo una vía permanente, la indemnización consistirá en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente.

Cuando se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas á través del predio sirviente sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen.

Antecedentes legales.—En el concepto de servidumbre legal y forzosa tenemos sólo la ley antes citada del Fuero Viejo de Castilla; pero la idea fundamental que la servidumbre como tal servidumbre implica, encuentra sus antecedentes en las leyes de Partida y en el derecho romano. La servidumbre que el Código civil llama *de paso* viene á sintetizar, según luego veremos, las que los romanos llamaban *itir, actus, vía,* y que la ley 3.ª del tít. 31 de la Partida 3.ª denominaba *senda, carrera* y *vía.* La servidumbre de paso la establece también el proyecto de Código de 1851 en su art. 506, aunque no en los términos mismos que el Código actual, el cual reproduce el art. 566 del proyecto de 1882.

Concordancias con los códigos extranjeros.—La servidumbre legal de paso la encontramos, aunque con un desarrollo mucho más limitado, en los códigos francés y belga; casi en los mismos términos en el código italiano; bajo el concepto de derecho de paso en el portugués; con algunas diferencias de detalle en los de Guatemala, Méjico, Chile y Uruguay. El art. 564 del Código civil

concuerda directamente con los artículos 682 del código francés y belga, 593 del italiano, 543 del de Uruguay, 2309 del portugués, 847 del chileno, 1236 del de Guatemala y 1091 del de Méjico.

Explicación del art. 564.—Comprende el art. 564 la primera especie de servidumbre legal de paso de las dos á que antes nos hemos referido: en virtud de él, el propietario de una finca ó heredad enclavada entre otras ajenas y sin acceso á un camino público, puede exigir de los dueños de éstas, en la forma indicada por el Código, salida ó paso conveniente. Se ha discutido si esta manera de gravamen ó limitación de la propiedad inmueble se debe estimar como una servidumbre. La cuestión, doctrinal en rigor—examinada por nosotros de una manera general antes,—no tiene interés práctico, y de acuerdo con el criterio mantenido, creemos que, en efecto, es una servidumbre, toda vez que entraña la imposición de carga ó peso en un fundo á beneficio de otro de distinto dueño. Esta servidumbre, no obstante la indicación expresa del artículo de que el propietario *tiene derecho*, como servidumbre forzosa, tiene su fundamento en la ley y ha de ser pedida por el interesado (1). El fundamento *general*, filosófico, de la misma, está en la necesidad de condicionar el destino económico de las cosas: un fundo aislado de toda comunicación con una vía pública, resultaría en una condición verdaderamente negativa para la adecuada utilización de sus usos y aprovechamientos.

La servidumbre legal de paso puede constituirse bajo dos formas: ó para utilizar ó hacer posible la utilización de todo el destino económico del fundo, y en ese caso la servidumbre reviste el carácter de continua y permanente, ó bien para determinadas necesidades—cultivo y extracción de cosechas—del predio dominante. Esta diversidad de formas de la servidumbre influyen, según el art. 564, en la cuantía y alcance de la indemnización al dueño del predio sirviente (véase el artículo citado en sus párrafos 2.º y 3.º).

---

(1) Laurent, obra citada, tomo 7.º, pág. 73; Pacifici-Mazzoni, obra citada, § 746.

La interpretación práctica de este artículo puede dar lugar á muy varias cuestiones. Al efecto de que el examen de éstas resulte en lo posible sistemático, las comprenderemos en diversos grupos, distribuídos bajo los siguientes epígrafes:

PRIMERO. *Quién tiene derecho á pedir el establecimiento de la servidumbre del art. 564.*—Según el texto *literal* del Código, «el propietario». Pero de la expresión de la ley, ¿puede inferirse que sólo el propietario puede reclamar el establecimiento de la referida servidumbre? Los autores están conformes en dar á la ley aquí una interpretación extensiva. El Sr. Pacifici-Mazzoni opina «que puede pedirla toda persona que en virtud de un derecho real pueda cultivar y usar un fundo»; por tanto, puede pedirla el usufructuario, el usuario, el enfiteuta (1). En cambio, aun cuando el punto se haya discutido, no puede reclamarla el arrendatario. Como advierte el Sr. Navarro Amandi, el arrendatario no tiene derecho «sino contra el arrendador, que queda obligado á mantenerle en el disfrute de la finca, y contra quien puede ir únicamente. ¿Cómo, en verdad, ha de intervenir el arrendatario en la determinación del ejercicio de la servidumbre? ¿Cómo puede consentir en una indemnización que no ha de pagar él, sino el propietario?» (2).

SEGUNDO. *Fin que debe perseguir su establecimiento.*—En general, el fin que el reclamante puede invocar es, sencillamente, el de dar salida á su finca aislada de toda vía pública. El hecho del aislamiento determina el fundamento para pedir la servidumbre. Pero después es preciso especificar para qué va á imponerse la servidumbre: ¿para todas las necesidades del predio? pues entonces tendremos el caso del párrafo segundo: ¿para el cultivo y extracción de cosechas solo? pues entonces tendremos el del párrafo tercero. Lo del aislamiento, con relación al fin de la servidumbre,

(1) Obra citada, § 748; véase Jousselin, *Des servitudes d'utilité publique*, tomo 2.°, pág. 549.

(2) Obra citada, tomo 2.°, pág. 310; véase Sánchez Román, obra citada, tomo 3.°, pág. 628.

no ha de interpretarse de una manera material, sino relativa á la necesidad que se quiere satisfacer, y que no puede ser satisfecha por no haber el acceso conveniente dada la necesidad, hacia la vía pública. Infiérese esto, sobre todo, del art. 566, como luego veremos.

TERCERO. *En beneficio de qué fundos y sobre cuáles.*—La condición de fundo predominante ó sirviente en la servidumbre de paso, nace de la situación geográfica de los predios, de donde se infiere que la imposición de esta servidumbre puede ser pedida á favor de cualquier fundo, sea cual fuere su naturaleza y destino, y sea quien fuere la persona á quien el fundo pertenezca—el Estado, la provincia, el municipio, los particulares.—Del propio modo, la servidumbre de paso grava sobre los fundos que la circundan, sean cuales fueren éstos y sea cual fuere su dueño, salvo naturalmente las limitaciones que pueden provenir del destino público del fundo que se quisiera gravar—en terreno dedicado á la defensa nacional, por ejemplo.

CUARTO. *Interpretación de la situación del fundo dominante.*—Ya hemos indicado—SEGUNDO—que se puede reclamar la servidumbre en cuanto el predio dominante esté rodeado de otros ajenos y sin salida á camino público. Así dice el texto. Pero el texto exige no pocas aclaraciones. ¿Cuándo se estimará que un predio no tiene salida á un camino público? Realmente, debe estimarse en esta condición no sólo el fundo que no la tiene en absoluto, sino también el que no tiene una bastante segura ó practicable: un fundo que linda con un camino público mediante un declive ó pendiente inabordable, está realmente aislado para el efecto de la servidumbre que se pide por su dueño. Por otro lado, ¿se ha de estimar con el servicio adecuado de acceso á camino público, una finca que por cualquier circunstancia pierde necesariamente la salida á dicho camino en determinada época del año? Conceptuamos, siguiendo en esto el parecer de los autores (1), que el dueño de una finca en estas condiciones puede pedir servidumbre para todo el año, por ser contra-

---

(1) Boileux, Aubry y Rau, Pacifici-Mazzoni.

ria á la naturaleza de la servidumbre predial esa forma intermitente de su uso. Preguntan algunos, si un río que estuviese interpuesto entre una finca y el camino público, debe considerarse como condición de aislamiento de aquélla. La cuestión se ha debatido por Laurent, y ha sido objeto de discusiones encontradas por los tribunales extranjeros—Holanda, Francia, etc.—En rigor, no cabe resolver la cuestión de plano. Si el río es vadeable cómodamente y sin peligro alguno en todo tiempo, puede no ser un obstáculo que determine imposición de servidumbre: en cualquier otro supuesto, sí.

Lo que sí debe advertirse es que, en todo caso, la necesidad que mueve al propietario á reclamar la servidumbre de paso ha de ser presente y no futura.

La naturaleza forzosa, impositiva, legal, de la servidumbre de paso, excluye el derecho del propietario de un fundo aislado á reclamarla: 1.°, cuando el aislamiento proviniera de su voluntad—un propietario que aisla su finca del camino por haber levantado edificaciones de cualquier clase,—y 2.°, por simple comodidad. La comodidad no puede incluirse en el supuesto de necesidad á que el Código alude expresamente.

ARTÍCULO 565

La servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente, y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público.

ARTÍCULO 566

La anchura de la servidumbre de paso será la que baste á las necesidades del predio dominante.

Antecedentes legales.—Del art. 566 puede considerarse como antecedente la ley 3.ª del tít. 31 de la Part. 3.ª Reproducen respectivamente estos artículos, los arts. 507 y 508 del proyecto de Código civil de 1851 y 567 y 568 del de 1882.

Concordancias con los códigos extranjeros.—El art. 565 concuerda directamente con los arts. 683 y 684 de los códigos francés y belga, 593 del italiano, 2310 del portugués, 1238 á 1243 del de Guatemala, etc., etc.

Explicación y comentario.—Se contienen en estos dos artículos las condiciones generales con que debe establecerse la servidumbre forzosa de paso. En el art. 565 se atiende, *al parecer*, según puede inferirse del texto, al interés del predio sirviente—al menor perjuicio;—pero en realidad, el legislador no olvida el interés del dominante, que también tiene derecho, como luego veremos, á ser oído y tenido en cuenta. En el art. 566 se atiende directa y únicamente á las exigencias impuestas por las necesidades del predio dominante. La servidumbre, en total, ha de establecerse armonizando ambos intereses.

Pero, ¿qué reglas y criterios han de seguirse para lograr esta armonía? Exige esto algunas explicaciones.

En primer lugar, y por lo que toca á la interpretación del artículo 565, debe tenerse en cuenta, que una vez reconocida la necesidad de dar salida á un camino público, á una finca ó heredad, puede ocurrir que haya posibilidad material de obtenerla ó practicarla á través indistintamente de varios predios, todos ellos lindantes; por ejemplo: con el camino público y con la finca ó predio dominante. Ahora bien: ¿cómo se puede resolver la duda natural de por cuál de los predios se ha de establecer la servidumbre? El criterio en general ha de ser el mismo que debe presidir para señalar la servidumbre por una misma finca, cuando para establecer el paso no haya más que un solo predio que atravesar: es necesario siempre establecerlo por donde sea más breve y por donde cause menos daño. El *ideal*, en el establecimiento de esta servidumbre, está, pues, en la *mayor brevedad* y en el *daño mínimo*. Pero la dificultad está en que esas dos condiciones no siempre concurren paralelamente: la mayor brevedad puede ocasionar un daño mayor. En este caso, el Código impone la solución: el paso deberá establecerse supeditando lo de la brevedad al menor daño. El *esquema* de la servidumbre de paso debe ser *una recta*—distancia más corta,

—entre el camino público y el predio dominante, modificada y adaptada por las exigencias del menor daño posible. Naturalmente, corresponde al dueño del predio sirviente oponerse bien sea al establecimiento de la servidumbre en su fundo, si puede alegar que es menos perjudicial que en el suyo, en otro, ó siendo igualmente gravosa, si es por el otro más corto, bien sea al trazado que el del dominante pida, para hacer efectivas las condiciones del establecimiento en el sentido del art. 565.

Aun cuando estas condiciones, según decíamos antes, parecen, al tenor del art. 565, puestas en interés del predio sirviente, toda vez que se habla de conciliar, lo del camino corto—beneficio del predio sirviente en cuanto al mínimum de ocupación—con su menor perjuicio,—se ha de elegir, de dos trazados, el que ocupe terreno de menor valor ó el que cause daño menor á la finca—sin embargo, no ha de interpretarse en tal sentido de una manera exclusiva. Por de pronto, la servidumbre establecida según el criterio del menor daño, beneficia indirectamente al dueño del dominante, toda vez que cuanto menor es el daño, más corta debe ser la indemnización. Además, es preciso no olvidar que la servidumbre de paso, adaptada á tales condiciones, tiene el dueño del predio dominante derecho á pedirla ó á exigirla, en consonancia con las exigencias y conveniencias de su fundo.

Establecida la servidumbre sobre el fundo del vecino, el propietario del fundo dominante no adquiere la propiedad del paso, toda vez que el vínculo de la servidumbre no implica, como es sabido, expropiación, sino limitación del ejercicio de la propiedad por parte del dueño del predio sirviente. En su virtud, éste puede hacer en el mismo todo aquello que le plazca, á condición de no impedir al vecino el ejercicio de su derecho de servidumbre. Así si ocupara el terreno de la vía con obstáculos, como árboles, materiales de edificación, abono ú otros objetos, tendrá el dueño del predio dominante acción para pedir libre su vía. Por el contrario, el que tiene la servidumbre á su favor, sólo tiene derecho á usarla según el destino jurídico de la misma. Pero, ¿este destino será un obstáculo para que el dueño del predio sirviente pueda cerrar con-

venientemente su fundo? La ley no puede querer eso, que iría contra una de las facultades del derecho de propiedad: así que, cuando el propietario del fundo sirviente quiera cerrarlo, podrá hacerlo, dejando á salvo la servidumbre, mediante puertas ó cierres que no impidan su ejercicio.

El trazado de la servidumbre, una vez fijado, ¿ha de considerarse invariable? Claro es que el cambio del trazado no puede ser arbitrario, sino en las condiciones que determina el art. 545.

El art. 566 refiérese á la anchura de la servidumbre. Esta condición, según el tenor expreso del Código, se determina exclusivamente con arreglo al interés del predio dominante. Es este un punto en que el legislador ha cambiado de un modo muy radical los precedentes que la servidumbre de paso, como voluntaria, tiene en el derecho antiguo. Ya hemos dicho, que tanto el derecho romano como el derecho de las Partidas distinguían, según las necesidades del predio dominante, tres formas de servidumbre de paso. Hablaban las Partidas de senda—por donde se puede ir á pie, ó cabalgando solo ó con otros.... de *manera que vayan de uno en uno* e non en par;—de carrera—que se puede por y traer carretas....,—y de vía—que se puede ir por ella á pie ó cabalgando, solo ó acompañado, con carretas....., arrastrando, etc.—El Código prescinde de estas distinciones y establece un principio vago, indeterminado al pronto, pero que circunstancialmente se habrá de adaptar, de un modo adecuado, teniendo en cuenta que la servidumbre ha de imponerla la necesidad del predio dominante, necesidad que también ha de determinar su anchura. Y no sólo esto: una interpretación recta del precepto del art. 566 lleva á sentar el principio de que la servidumbre de tránsito podrá modificarse, después de establecida, según lo exijan las necesidades del predio dominante. Como advierte Ricci (1), impuesto el paso en atención á las necesidades de la finca ó heredad, no tiene más remedio sino sufrir las contingencias y variaciones de estas necesidades.

---

(1) Obra citada, tomo 2.°, § 324.

ARTICULO 567

Si, adquirida una finca por venta, permuta ó partición, quedare enclavada entre otras del vendedor, permutante ó copartícipe, éstos están obligados á dar paso sin indemnización, salvo pacto en contrario.

Este artículo reproduce el art. 569 del proyecto de Código de 1882, y concuerda con el art. 595 del código italiano, 2311 del código portugués y 549 del de Uruguay.

El artículo contiene una forma especial de constituirse la servidumbre legal de paso: es una excepción de una de las condiciones—la indemnización—impuestas como indispensables por el artículo 564. Según el texto, cuando adquirida una finca *por venta ó permuta ó partición*, resulte enclavada entre otras *del* vendedor, permutante ó copartícipe, *éstos* están obligados á dar paso *sin* indemnización, salvo pacto en contrario. Hemos subrrayado las palabras todas que indican el pensamiento del legislador y que ofrecen dudas á algunos comentaristas que luego trataremos: ante todo explanaremos la doctrina general que se desprende del tenor *literal* del Código. Interpretando éste *literalmente*, para que el dueño de una finca pueda pedir servidumbre legal sin deber indemnizar, es preciso: 1.°, haberla adquirido por compra, permuta ó división; 2.°, que en su consecuencia, hubiese quedado enclavada entre *otras* fincas del vendedor, permutante ó copartícipe, de donde resulta que el paso deba ser concedido por cualquiera de éstas, sobre el fundo que limita y cierra al otro, aun cuando no concurran los requisitos á que se refiere el art. 565, esto es, la menor distancia del predio dominante al camino público y el menor perjuicio al predio sirviente, en concurrencia con otros; toda vez que, en el supuesto del art. 567, la servidumbre se debe en virtud de un convenio tácito ó por voluntad presunta de los contratantes. Pero no debe olvidarse que aun cuando la indemnización no se deba por esta misma voluntad presunta, si resultase

de una cláusula expresa ó de las circunstancias del contrato otra cosa, la indemnización podrá deberse: así dice Pacifici-Mazzoni: «si hubiésemos convenido en que yo no te deba el paso, y tú, comprador, no lograses obtenerlo por los otros fundos que te rodean, tendrás siempre derecho á obtenerlo de mí, debiendo entonces considerarse subordinada la exención de mi fundo á la condición de que obtendrías el paso por otro; pero en ese caso, me deberías la indemnización, porque mi fundo, al tenor del convenio, estaba libre de la carga forzosa de la servidumbre de paso». Por otro lado, cuando se ha convenido la venta ó la permuta, y se ha hecho la división, en virtud de la cual queda el fundo aislado, se habrá tenido en cuenta á favor del fundo circundante esta consideración de la necesidad para el comprador, permutante ó copartícipe, de obtener el paso mediante indemnización por otro fundo. La indemnización se debe también, cuando el paso sobre el fundo del vendedor, permutante ó copartícipe se quiere agravar, por el nuevo propietario, según las exigencias del nuevo uso á que la finca se destinare.

Tal es lo que pudiéramos estimar como teoría ó doctrina general; pero los términos literales del Código, antes subrrayados, pueden suscitar la siguiente duda advertida por los comentaristas, á saber: la servidumbre de paso ¿puede pedirse, *sin indemnización*, por el que hubiese adquirido la finca, en las condiciones del art. 567, *por donación?* Hay quien opina resueltamente por la afirmativa, porque considera la donación análoga á la compraventa, á la permuta y á la división; pero no nos parece á nosotros la cosa tan clara. No debe olvidarse: 1.°, que el donante no recibe precio, ni cambia su finca por otra, ni cede lo que no es suyo, sino que enajena á *título gratuito* un predio que el que recibe la donación adquiere á *título gratuito;* 2.°, que el art. 567 del Código cita *taxativamente* la compraventa, la permuta y la partición, y no cita la donación; y 3.°, que la disposición del artículo citado tiene un carácter *excepcional*, y no debe interpretarse extensivamente.

Preguntan, por fin, algunos si cuando el dueño de una finca vende una parte de ésta, la que tiene paso ó acceso al camino público, y luego la otra, aislada, el adquirente de ésta tendrá el de-

recho á que se refiere el art. 567. La jurisprudencia francesa ha opinado que el adquirente de que tratamos tiene derecho á pedir el establecimiento forzoso de la servidumbre de paso, pero al tenor legal—esto según nuestro art. 564.

ARTÍCULO 568

Si el paso concedido á una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño á otra que esté contigua al camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización.

Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso á la finca enclavada.

Copia este art. 568 el 570 del proyecto de Código civil de 1882, y concuerda con el 596 del código civil italiano, 2313 del portugués, 548 del de Uruguay y 849 del de Chile.

Trata este art. 568 de una forma especial y peculiar de la extinción de la servidumbre forzosa de paso, resolviendo, al modo como lo hacen otros códigos, la controversia á que diera lugar entre los comentaristas del código francés, la interpretación práctica del establecimiento de aquélla. En efecto, como la servidumbre forzosa de paso se legitimaba en razón de la necesidad—la necesidad definida en el art. 564,—desde luego se ocurrió la duda de si tal servidumbre cesaría desde el momento en que cesara la necesidad que la legitimaba. Ahora bien: según los términos del artículo 568, no ha lugar á duda; en cuanto cesa la necesidad de la servidumbre, ésta puede cesar, esto es, la servidumbre pierde el carácter legal de forzosa.

La cesación de la necesidad puede ocurrir, según el art. 568, de dos maneras: ó por la reunión de la finca dominante á otra de igual dueño que esté contigua al camino público, ó por la apertura de un nuevo camino que ponga en comunicación la finca enclavada con vía pública. Con relación al primer caso, es preciso

tener en cuenta que el fundo que se une al aislado debe estar contiguo al camino público; ahora bien: si falta esta circunstancia, la servidumbre no se extingue. Pero, ¿ha de interpretarse esto en un sentido absolutamente restrictivo? Si el fundo sirviente no tiene una comunicación directa con el camino público, sino mediante una servidumbre de paso á través de los fundos intermedios, ¿podrá estimarse que ha cesado la necesidad de la servidumbre legal, hasta considerarse ésta como extinguida? Aun cuando al pronto pudiera parecer que sí, pues con la servidumbre convencional cesa la necesidad de la legal, sin embargo, como advierte Pacifici-Mazzoni, no debe olvidarse que la servidumbre convencional de paso, favorable al fundo que se une al aislado, no se puede extender, gravando al sirviente de aquélla, sin el consentimiento expreso de los propietarios interesados (1). Por otra parte, se ha de tener presente que el Código habla de finca que esté contigua al camino público. Pero aun pudiera afinarse el argumento y presentar la cuestión en otros términos, diciendo: si el propietario del fundo sirviente por convención, consiente en extender la servidumbre al predio reunido, ¿estará obligado el dueño del predio dominante, que lo es también del reunido, á servirse de aquélla, extinguiendo de este modo la servidumbre legal? Opinamos que no, porque ninguna ley impone al propietario del fundo reunido la obligación de adquirir una servidumbre convencional para procurarse un acceso al camino público (2).

Si dos fundos igualmente aislados, ó sea sin comunicación directa con camino público, tienen dos distintas servidumbres de paso legales, y ambos pasan á pertenecer á una misma persona, las dos servidumbres subsistirán. Pero si esta misma persona posee ó adquiere un fundo contiguo por una parte á un camino público y por otra á una de los fundos aislados, se impondrá la extinción de la servidumbre legal del fundo que ha dejado de necesitarla; lo

(1) Autor citado, *loc. cit.*, pág. 507.

(2) Ricci, obra citada, tomo 2.°, tít. 4.°, cap. 3.°; Pacifici-Mazzoni, obra citada, § 777.

mismo pasará con las dos servidumbres legales de los dos fundos, si mediante la adquisición de un tercero, ambos fundos resultan por el contiguo al camino público, en comunicación con éste. El principio capital en todos estos casos, es siempre el de que el paso forzoso cesa, cuando de la reunión con el fundo contiguo al camino público resulta *innecesario* aquel paso.

En cuanto al segundo modo, en virtud del cual puede cesar la necesidad de la servidumbre legal—apertura de un camino público que toque en el fundo, antes aislado de él,—es preciso afirmar como principio, que es necesario que el tal camino resulte en condiciones y sea de naturaleza adecuada para satisfacer las necesidades de aquél. Si, por ejemplo, suponemos que un municipio abre un camino destinado al servicio de una fuente, con el ancho necesario para el tránsito de personas, y este camino toca en sitio conveniente con los linderos de la finca dominante de una servidumbre establecida para todos los servicios de la misma, en modo alguno puede ésta conceptuarse en el caso del art. 568, párrafo 2.° En cambio, en el caso contrario, esto es, si la finca tiene derecho á una servidumbre de las proporciones de la de senda, según las leyes de Partida, y el municipio abriese un camino vecinal para paso de carros ó coches, la servidumbre de senda puede estimarse innecesaria, y por lo tanto, en condiciones de extinción.

Una vez que haya desaparecido la necesidad de la servidumbre legal, por virtud de una de las hipótesis del art. 568, ¿se ha de considerar sin más extinguida *de hecho* la servidumbre? No se desprende la afirmativa de los términos de dicho artículo. Ha de provocarse la extinción del derecho á instancia de parte, y sólo de una parte, pues la facultad de pedir la extinción el Código la concede únicamente al dueño del predio sirviente, no al del dominante, que, por lo tanto, no podrá pedir la devolución de la indemnización sino como consecuencia de la demanda del primero relativa á la extinción de la servidumbre legal.

Está bien claro el Código en cuanto al modo de regularse la devolución de la indemnización: según él, la restitución ó devolución de la indemnización ha de ser del íntegro recibido, esto es, el

mismo capital que hubiese sido pagado al dueño del predio sirviente, si se trata de la servidumbre legal en la forma del párrafo 2.º del art. 564. Si se trata de la servidumbre legal de paso en los términos del párrafo 3.º de este mismo artículo, no habrá lugar más que á la cesación del pago ulterior del abono, toda vez que se suspende el ejercicio del gravamen y con él la ocasión del perjuicio.

El mismo concepto afirmativo de la devolución de la indemnización—que se hubiese entregado,—implica el de que, cuando no hubiese habido lugar á indemnización, no habrá lugar á la devolución de la misma. Refiérese esta hipótesis muy especialmente al caso del art. 567, en que por disposición de la ley no hay indemnización; pero puede referirse á todos los casos en que por otros motivos tampoco la hubiese habido. Naturalmente, si se suscitase controversia judicial acerca de este extremo, corresponde al propietario del fundo dominante probar que hubo indemnización.

ARTÍCULO 569

Si fuere indispensable para construir ó reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, ó colocar en él andamios ú otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado á consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irrogue.

Antecedentes y concordancias.—Puede estimarse inspirado el art. 569 del Código civil en otras disposiciones análogas de algunos códigos extranjeros; pero no porque, en rigor, no hubiese algún precedente importante en el derecho patrio, según puede verse con sólo consultar la ley 7.ª, tít. 33 de la Partida 3.ª Dicho artículo reproduce el art. 571 del proyecto de Código de 1882. No son muchas las concordancias que se deben señalar entre el art. 569 de nuestro Código y los códigos extranjeros: concuerda con el art. 592 del código italiano y el 2314 del portugués.

Idea general de la servidumbre del art. 569.—Contiene ésta la segunda especie de servidumbre legal de paso de que antes hemos

hablado: una servidumbre esencialmente temporal y transitoria, que es en cierto sentido á la obra de carácter privado lo que las *ocupaciones temporales* vienen á ser respecto de la construcción de las obras públicas, al tenor de lo dispuesto en la ley de Expropiación forzosa. Que se trata de una servidumbre, aunque temporal, es indudable: supone un gravamen en fundo ajeno en beneficio ó para el destino del propio.

Explicación y comentario de este artículo.—La adecuada interpretación del art. 569 puede dar lugar á las cuestiones siguientes:

PRIMERA. *¿Quién puede reclamar esta servidumbre?*—Aun cuando el art. 569 establece la relación entre el *dueño* del predio sirviente y el beneficio ó necesidad del predio dominante, se sobreentiende que esta servidumbre compete á todo propietario que quiera construir ó reparar en su finca, y que no tenga otro paso ó acceso para efectuarlo que el fundo del vecino: igualmente compete al usufructuario, al usuario y al enfiteuta.

SEGUNDA. *¿A qué obras se refiere la servidumbre?*—El Código habla de construcciones y reparaciones de un modo general: la necesidad determinante de la servidumbre no está en la índole de la obra, sino en la de tener que buscar acceso ó paso para ejecutarla por el fundo del vecino. Sin embargo, se ha preguntado si ha de entenderse reconocida esta servidumbre tan solo cuando se trata de obras necesarias ó también aun cuando se trate de obras de mero lujo y simple recreo, comodidad ó capricho. El jurista Ricci, interpretando el art. 590 del código civil italiano, del que es trasunto muy fiel—en lo esencial para el caso, fidelísimo,—el art. 569 del español, opina que no hay derecho á imponer tal servidumbre cuando se trate de obras de embellecimiento ó adorno: aduce al efecto el carácter restrictivo y excepcional de la servidumbre. Pero, en rigor, no se nos alcanza qué tenga en este caso que ver este carácter de la servidumbre, ni se nos alcanza tampoco qué razón puede existir para prescindir de los términos generales sin restricción alguna del Código civil (1).

(1) Obra citada, pág. 2.ª, § 316.

Es, en nuestra opinión, más aceptable la interpretación del jurista Pacifici-Mazzoni, y ella es la que conceptuamos aplicable á nuestro derecho. En su virtud, estimamos que la servidumbre se refiere tanto á las construcciones propiamente dichas, de cimiento para arriba, como á las elevaciones de edificios ya construídos, y que compete igualmente para la demolición de obras, toda vez que esta puede ser la condición indispensable de la construcción ó del reparo, así como cuando se trate de abrir luces ó vistas; en suma: la doctrina legal parécenos que no exige que se legitime en manera alguna la construcción ó reparación que en el edificio pretenda hacerse, con motivos más ó menos plausibles, supuesto que es una de las facultades del derecho de propiedad construir y reparar según las ideas del propietario, estando otorgada la servidumbre de que hablamos precisamente para condicionar el ejercicio de dicha facultad. Lo que sí es imprescindible es la realidad de la ejecución de la obra, pues de otro modo resultaría la servidumbre una manera de molestar y perjudicar con fútiles pretextos á los propietarios de los fundos sirvientes (2).

TERCERA. *Condiciones exigidas para el ejercicio de esta servidumbre.*—Según el art. 569, para que el dueño del predio sirviente esté obligado á permitir el paso y demás que implica esta servidumbre, es preciso que *sea indispensable* para construir ó reparar algún edificio. Pero, ¿cómo se debe interpretar esta condición de lo indispensable? El legislador alude, sin duda, á que el paso por la finca sirviente sea necesario, ó bien á que sea necesario el apoyar en ella los andamios ú otros objetos. Mas, esta necesidad, ¿ha de ser absoluta ó relativa? esto es, el que demanda la servidumbre, ¿ha de demostrar que no puede construir ó reparar su obra sin pasar por el fundo del vecino y sin apoyar en él, ó bien bastará que demuestre que de otro modo su obra resultará dificilísima por los gravámenes y gastos que ha de ocasionarle? La interpretación literal del artículo es favorable á la exigencia de la

---

(2) Obra citada, §§ 735, 736, 737, 738 y 739.

demostración de la necesidad absoluta *«si fuese indispensable»*, dice. Sin embargo, creemos que cabe una interpretación más benigna y conforme con las exigencias de la demostración de la necesidad relativa, teniendo en cuenta que las servidumbres legales se establecen, no sólo con relación á la necesidad estricta de los fundos, sino en atención también á su mejor beneficio y utilización de sus usos y aprovechamientos. Ahora, lo que no puede hacerse es señalar *a priori* los límites y términos de la necesidad relativa: es cuestión de hecho, que se resolverá siempre en vista de las circunstancias particulares del caso concreto.

CUARTA. *¿Sobre qué fundos puede imponerse esta servidumbre?*—El art. 569 no hace excepción alguna en favor de ninguna clase de fundos: puede, pues, gravar sobre fundos rústicos ó urbanos, lo mismo sobre edificios ya construídos, que sobre terrenos siu edificar, cerrados ó libres, sea cual fuere su estado y su destino. Todo estará en el cuánto y forma de la indemnización debida.

QUINTA. *¿Cómo debe interpretarse la extensión objetiva de esta servidumbre?*—Hay primero una interpretación de carácter general que no especifica el Código, y luego otra que el Código especifica y que tiene un carácter particular. En general puede decirse, que la servidumbre que, con arreglo al art. 569, ha de obtenerse, dependerá siempre de la naturaleza de la construcción ó reparación que el propietario del predio dominante hiciere., Es en rigor, aplicable á este efecto la doctrina implícita en la interpretación del art. 566: *la necesidad del predio dominante es ley*, con arreglo al art. 569. Si yo deseo reparar un muro de un edificio de mi propiedad, y á ese fin *necesito* un paso en la finca del vecino para que puedan poner *á mano* los materiales de reparación *necesarios*, no podré imponer el paso de carros. Y viceversa, si necesito el paso para carros, no podrá negárseme éste: claro es, en la medida de lo posible, y en cuanto lo permita la condición natural del predio sirviente.

La otra interpretación á que nos referimos es la que el mismo art. 569 especifica. La servidumbre temporal para construir y edificar, de que este artículo habla, comprende ó puede comprender,

según los casos: 1.°, el *derecho de paso* por la finca ajena con los materiales; 2.°, el de colocar en ella—desde ella ó sobre ella—los andamios, y 3.°, el de colocar igualmente *otros objetos*, siempre bajo el supuesto de la indemnización.

La indemnización está perfectamente determinada *en principio* por el art. 569: ha de ser *proporcional al perjuicio que se irrogue* al dueño del predio sirviente, y por tanto, sin tener en cuenta para nada la utilidad mayor ó menor que al dueño del predio dominante pueda producirle la servidumbre. La indemnización puede ser acordada amistosamente por el convenio libre de las partes; mas si no hubiere avenencia, ha de ser fijada judicialmente, previo el correspondiente examen pericial.

ARTICULO 570

Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda ó cualquiera otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo, y en su defecto, por el uso y costumbre del lugar.

Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, la cañada no podrá exceder en todo caso de la anchura de 75 metros, el cordel de 37 metros 50 centímetros, y la vereda de 20 metros.

Cuando sea necesario establecer la servidumbre forzosa de paso ó la de abrevadero para ganados, se observará lo dispuesto en esta sección y en los artículos 555 y 556. En este caso la anchura no podrá exceder de 10 metros.

Refiérese el art. 570 á las servidumbres pecuarias, y anota principalmente las grandes servidumbres de antiguo establecidas en beneficio é interés de la cabaña española y tráfico de reses: atiende esta servidumbre á condicionar una de las más importantes fuentes de la riqueza nacional. Este artículo, de carácter especialísimo por la índole también especial de la servidumbre de paso

á que se refiere, tiene numerosos precedentes en el derecho patrio antiguo y moderno. Pueden citarse en tal concepto: 1.°, las leyes 24, 26 y 27 del tít. 4.°, libro 8.° del Fuero Juzgo; 2.°, una ley de Partida (la ley 6.ª, tít. 31 de la Partida 3.ª); 3.°, una ley de la Novísima Recopilación (la 5.ª, tít. 27 del libro 7.°), y 4.°, el Real decreto de 3 de Marzo de 1877 sobre reorganización de la Asociación general española de ganaderos y reglamento para su aplicación.

Concordancias.—El art. 570 debe ser concordado en todos sus detalles con el Real decreto de 13 de Agosto de 1892 y reglamento para su aplicación de la misma fecha.

El *comentario* del art. 570 tiene que ser meramente indicativo y complementario.

En su párrafo primero, el repetido artículo se limita: 1.°, á dar carácter legal *civil* á las servidumbres existentes de paso, en beneficio de la ganadería, y 2.°, á señalar el derecho á las mismas aplicable.

Las servidumbres de paso pecuarias, á que el art. 570 se refiere explícita ó implícitamente, son las siguientes: 1.ª, *cañadas*, vías pastoriles que cruzan varias provincias; 2.ª, *cordeles*, vías que afluyen á las cañadas ó ponen en comunicación dos provincias limítrofes; 3.ª, *veredas*, las que ponen en comunicación varias comarcas de una misma provincia; 4.ª, *coladas,* vías pastoriles que median entre varias fincas de un término; 5.ª, *pasos*, servidumbres que tienen algunas fincas para que por ellas, levantados los pastos, puedan cruzar los ganados; 6.ª, *abrevaderos*, lugares donde es costumbre que los ganados beban; 7.ª, *descansaderos*, sitios donde los ganados se detienen para refrescar, y 8.ª, *majadas*, que son los parajes donde se recoge de noche el ganado y se albergan los pastores.

El derecho aplicable á esta servidumbre es, según el Código civil, las ordenanzas y reglamentos del ramo, y *en su defecto*, el uso y las costumbres del lugar. Lo vigente hoy en materia de vías pecuarias, con lo dispuesto en este art. 570, es el Real decreto de 13 de Agosto de 1892 y el reglamento de la misma fecha para su

ejecución. El Real decreto abarca, á partir de la declaración de existencia de la cabaña española y de la Asociación general de ganaderos, las servidumbres antes indicadas reconocidas en favor de los ganados, colocándolas, según su art. 14, «bajo la vigilancia de la administración y la inmediata de los delegados de la Asociación general de ganaderos, de los guardas municipales y de la guardia civil». Del reglamento importa señalar el tít. 3.°, relativo al *deslinde de las vías pecuarias*—ya sean de carácter local (capítulo 2.°), ya sean vías generales (cap. 3.°),—y al amojonamiento de las mismas. Además, debe citarse el tít. 4.°, que contiene una especie de derecho penal contra los intrusos y usurpadores de las vías pecuarias.

En la *jurisprudencia* tienen especial interés: 1.°, la importante decisión de una competencia de 28 de Junio de 1884, en la cual se habla ya del carácter *legal* de las servidumbres pecuarias y remedio legal contra las usurpaciones de las mismas, y 2.°, la sentencia del Tribunal Contencioso administrativo de 26 de Junio de 1893, relativa á la competencia de los tribunales ordinarios en el deslinde de vías pecuarias, cuando se trata de un estado posesorio y no de una intrusión reciente y de fácil comprobación, en cuyo caso correspondería al ayuntamiento, confirmando así otras decisiones del Consejo de Estado y especialmente el Real decreto-sentencia de 29 de Marzo de 1881.

El párrafo segundo del art. 570, dejando á salvo los derechos legítimamente adquiridos, señala la anchura de la cañada, el cordel y la vereda, reformado en este punto por lo dispuesto en el art. 12 del Real decreto de 13 de Agosto de 1892. Según este último, las cañadas tendrán 75,25 metros (90 varas castellanas); los cordeles, 37,61 (40 varas); las veredas, 20,89 (25 varas); las coladas y abrevaderos, extensión indeterminada.

Refiérese el párrafo tercero del artículo que comentamos al modo de establecer en lo futuro la servidumbre de paso ó la de abrevadero, disponiendo que la anchura no exceda de 10 metros y que se observe lo dispuesto en esta sección y en los artículos 555 y 556, relativos á servidumbres de aguas.

SECCION CUARTA

DE LA SERVIDUMBRE DE MEDIANERÍA

Esta sección del Código civil es una de las más importantes novedades que aquél ha introducido en nuestro derecho positivo. Podrá discutirse la fortuna con que el legislador ha sabido, primero, colocar la medianería en el sistema jurídico aceptado y desenvuelto, toda vez que cabe debatir acerca del carácter propio de la misma como forma de copropiedad ó como servidumbre, y luego desarrollar su contenido positivo en el articulado; pero lo que no puede ser objeto de debate, es el hecho de que el legislador, siguiendo el buen ejemplo de los legisladores extranjeros de los pueblos cultos, haya puesto mano en la materia sentando principios generales, señalando criterio legal, fijando orientación positiva y procurando, en fin, orden jurídico en relaciones de derecho antes sometidas á reglas circunstanciales, variables según las localidades, al arbitrio judicial y á preceptos inseguros de la vida municipal.

Realmente, el estado del derecho español común—pues se ha de exceptuar en este punto el derecho foral catalán, aragonés, navarro—en cuanto á la medianería, no era el más perfecto y ordenado. Nuestras leyes antiguas, sin exceptuar las Partidas, no hablaban de esto, como no hablaba tampoco el derecho romano, salvo la indicación á que generalmente se hace referencia de las leyes del Digesto, en que se habla de *paries intergerivus que naturali ratione communis est* (véanse leyes 8.ª, 13 y 19, tít. 2.°, libro 8.°). El derecho romano, en sus leyes antiguas, más bien viene á negar las condiciones reales que hacen posible é imponen la servidumbre de medianería. Conocida es la ley de las XII Tablas, que prohibía la edificación de casas contiguas; prohibición que algunos explican por causas religiosas, pero que Ihering (1) considera con razón, como una supervivencia de los tiempos arios, persistente entre los

(1) *Prehistoria de los Indoeuropeos.*

germanos de Tácito y entre los antiguos griegos, y explicable por el temor á la propagación fácil y rápida de los incendios en construcciones de madera, como por entonces lo eran en general las casas privadas. La servidumbre de medianería en su manifestación más importante, que es en la de los muros de edificaciones contiguas, no podía en realidad producirse en la Roma de las XII Tablas, ni en los pueblos pastores, ni, en suma, en los pueblos de moradas de madera aisladas. La servidumbre de medianería es una consecuencia de la vida urbana, pero de la vida urbana complicada, y en la cual haya alcanzado un desarrollo adecuado la edificación con ladrillo ó piedra. Quizá esto, es decir, el desarrollo de la servidumbre como una consecuencia de la transformación de la vida interna de la ciudad en su formación autónoma, y en el desenvolvimiento de los servicios *edilicios* de policía urbana, á consecuencia del progreso y condiciones de la edificación; quizá, repetimos, esto explique el que el derecho romano no haya producido institución jurídica civil, relativa á esta servidumbre, y el que el mismo derecho español, no se haya ocupado en preceptos de carácter general, de regular las relaciones que tal servidumbre supone, mientras eran objeto de detenida y detallada reglamentación por parte de las ordenanzas municipales.

Pero dejando estas indicaciones, que la falta de espacio no nos permite alargar, y volviendo al estado de nuestro derecho positivo anterior al Código civil, recordaremos que en los países del derecho común especialmente, todas las relaciones de medianería estaban sometidas á reglas indeterminadas de carácter civil dudoso, pudiendo resumirse las fuentes positivas á que el juez tenía que acudir para resolver las diversas cuestiones, en esta forma: 1.°, lo convenido ó dispuesto por los propietarios colindantes en los títulos de la constitución de la medianería, siempre que no estuviera en contradicción con las escasas declaraciones de la jurisprudencia y las disposiciones de las ordenanzas, usos y costumbres locales; 2.°, la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo; 3.°, las ordenanzas municipales, usos ó costumbres locales; 4.°, los buenos principios, que en esta materia se tuvieran como tales, á falta de precedentes y

preceptos expresos de carácter legal, consignados en el proyecto de Código de 1851 y en el de 1882 (1).

La doctrina legal formulada en esta sección del Código civil vigente, no es cosa que sólo en él se haya procurado regular. Todos los que en España han realizado intentos para llevar á efecto la codificación civil, y, según queda indicado, los proyectos de Código de 1851 y 1882, han sistematizado esta materia. El proyecto de 1851, por ejemplo, contenía en el título relativo á las servidumbres, una sección dedicada á la de medianería, tanto en los predios rústicos como en los predios urbanos, estableciendo, en los términos que luego reprodujo literalmente el Código actual, las reglas referentes á la presunción de la misma, á los derechos y deberes de los dueños de las respectivas fincas, etc., etc., todo ello después de haber consultado la Comisión con la Real Academia de San Fernando (2).

Ahora bien: hechas las anteriores indicaciones, la primera cuestión que el comentario crítico impone, es la de examinar si el legislador ha procedido como debía, dentro de las exigencias de los conceptos jurídicos fundamentales, al colocar bajo el epígrafe de *servidumbres legales* la medianería. La duda estriba, en definitiva, en la determinación adecuada de la naturaleza de la *medianería:* ¿es una servidumbre ó una forma de copropiedad? Y en su virtud, ¿qué sería lo lógico, haber tratado de la medianería como caso ó casos de copropiedad, al modo que la copropiedad de los edificios, ó bien considerarla, cual la considera el Código, como una servidumbre especial de carácter legal? Realmente, la exterioridad de la medianería es de una comunidad de bienes, y fijándose en ella algunos le niegan todo carácter jurídico de verdadera *servidumbre* (3). La cosa, después de todo, no es clara, y no podemos buscar

---

(1) Véase Sánchez Román, obra citada, tomo 3.°, pág. 505.

(2) Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil,* tomo 1.°, pág. 442.

(3) Sánchez Roman, loc. cit.; Navarro Amandi, obra citada, tomo 2.°, página 316.

luz para resolver el asunto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que una vez puso en duda el que la servidumbre de medianería consista en el condominio de la pared divisoria, para declarar luego, en sentencia de 16 de Marzo de 1888, que «la pared medianera divisoria de dos fincas urbanas es del dominio común de los propietarios colindantes, cada uno de los cuales tiene por consiguiente, el derecho de que sirva de cerramiento á la finca en toda la altura que le convenga darla, mientras lo permitan las ordenanzas municipales».

¿La medianería es una servidumbre?—En rigor, la medianería es una comunidad de bienes, una copropiedad, pero de carácter especial. Laurent la define: «la copropiedad, por proporciones indivisas, de un muro, de un foso, ó de un seto, que sirve de separación y de límite á dos heredades contiguas...; la medianería constituye una comunidad con *indivisión forzosa*» (1). La comunidad del muro, en efecto, no se entiende en el sentido de que pertenezca por mitad á cada uno de los propietarios contiguos, de suerte que la línea media que lo divida en su ancho, señale el límite de las dos propiedades. El muro común es el que *proindiviso*, en toda su extensión y espesor, pertenece igualmente á dos propietarios contiguos. Si no fuera más que esto, la medianería no pasaría de ser copropiedad; pero en la copropiedad indivisa de una cosa, ninguno de los copropietarios puede hacer nada en la misma en su exclusivo interés, pues si de tal manera obrase, invadiría la esfera del derecho de los otros, y en la medianería no hay tal limitación de la actividad jurídica de los copropietarios. Cuando la ley concede á los copropietarios de un muro común el derecho de hacer en él alguna obra en interés exclusivo de quien la hace, y no en el de los demás copropietarios, semejante concesión no puede hacerse á mero título de copropiedad, sino y al propio tiempo, en virtud de un derecho de servidumbre. Para explicarse jurídicamente el aspecto por el cual la medianería tiene algo de servidumbre—gravamen en *cosa ajena* en beneficio de *un fundo*—nada mejor que analizar concretamente

(1) Obra citada, tomo 8.º, pág. 494.

la relación que supone. El muro *medianero* no es *mío* por entero, es de *otro y mío*—copropiedad;—pero ni el uno ni el otro podemos servirnos de él, para ciertos usos sobre todo, sino de un modo *completo*: todo el muro en su integridad física sirve á los usos de los copropietarios—copropiedad indivisa;—ahora bien: la indivisión del muro y el uso de todo él por cada propietario, determinan el beneficio de quien lo usa, beneficio que se traduce en un gravamen que carga al otro propietario del muro; hay ciertos usos constantes en que esta relación no parece tan clara; pero hay otros que, por su carácter determinado y específico, entrañan semejante relación perfectamente definida, ofreciendo bien á las claras motivos que justifican el proceder del legislador español.

El Código civil español no ha creído conveniente desarrollar por completo un derecho general uniforme sobre medianería: sus preceptos, contenidos en los artículos 571 á 579, empiezan por una declaración de vigencia á favor de un derecho supletorio local variable, de las fuentes anteriores, estableciendo luego reglas respecto: 1.°, de la presunción legal de la existencia de la medianería (arts. 572 y 574, párrafo 1.°); 2.°, de los signos exteriores contrarios á la existencia de la misma (arts. 573 y 574, párrafo 2.°), y 3.°, de los derechos y deberes de los medianeros (arts. 575 y siguientes).

ARTICULO 571

La servidumbre de medianería se regirá por las disposiciones de este título y por las ordenanzas y usos locales en cuanto no se opongan á él, ó no esté prevenido en el mismo.

El art. 571 reproduce literalmente el 511 del proyecto de Código civil de 1851 y el 572 del de 1882.

Los que conciben la codificación como una obra de unificación uniforme y abstracta del derecho, y no tienen en cuenta la honda complejidad jurídica de ésta en ciertos casos, censuran acremente

el art. 571, por considerarle uno de tantos cabos sueltos contrarios á la unificación apetecida. Para ellos hubiera sido preferible que el Código se hubiera entretenido, ampliando su articulado, en regular por disposiciones de aplicación general toda la casuística de la medianería, derogando de plano los usos y costumbres locales y las ordenanzas municipales. ¡Menguada idea tienen los que así piensan de lo que es el derecho en las últimas determinaciones de las relaciones prácticas! Por nuestra parte, sin prejuzgar la obra del legislador en concreto, desde luego conceptuamos muy puesta en razón la salvedad del art. 571, sancionador de esas fuentes del derecho local que proveen á las necesidades particulares de cada pueblo, que, como dice el Sr. Goyena, pueden variar hasta lo infinito (1). Basta, en efecto, no ya atender á los usos y costumbres locales no ordenados expresamente, sino á las ordenanzas municipales, para comprender desde luego el casuísmo variadísimo que entrañan, y que el Código civil no puede desarrollar sin perder su propio carácter de ley general.

La consideración directa del art. 571 nos afirma en la opinión, de que se trata exclusivamente de un artículo de mera declaración del derecho común aplicable á la servidumbre de medianería. El legislador se encontraba en este punto: 1.°, con una falta de precedentes legales formulados en la materia; 2.°, con una amplia y detallada, al par que variada reglamentación de la misma, en los usos y costumbres locales y en las ordenanzas municipales; y 3.°, con la necesidad de sentar ó consignar los principios más generales de la medianería, y á la vez, la imposibilidad de detallar las reglas todas de la institución; ahora bien: en vista de esto, formuló las reglas contenidas en los arts. 572 y siguientes en concepto de derecho *primario*, declarando por modo expreso un derecho *supletorio*, constituído por los usos, costumbres y ordenanzas, y que naturalmente ha de ser completado con la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto ésta no haya sido rectificada por el Código ci-

(1) Obra citada, tomo 1.°, pág. 434.

vil, y con los principios generales del derecho, al tenor esto último del párrafo 2.° del art. 6.° del mismo Código.

Los arts. 572, 573 y 574 del Código civil contienen los principios que pudiéramos considerar como fundamentales en el derecho relativo á la *medianería*. Veamos cómo.

ARTÍCULO 572

Se presume la servidumbre de medianería mientras no haya un título, ó signo exterior, ó prueba en contrario:

1.° En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación.

2.° En las paredes divisorias de los jardines ó corrales sitos en poblado ó en el campo.

3.° En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.

Antecedentes legales.—No los tiene este artículo. La doctrina que formula hállase en gran parte contenida en las declaraciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código: pueden verse, entre otras, las sentencias de 22 de Mayo de 1865, 10 de Mayo de 1884 y 16 de Marzo de 1888, de que luego haremos mérito.

Concordancias con los códigos extranjeros.—El art. 572 concuerda muy directamente con el art. 651 de los códigos francés y belga, 546 del italiano, 681 del de Holanda, 441 del de Vaud, 2336 del portugués, 853 del chileno, 1101 del mejicano, 1246 del de Guatemala, 560 del de Uruguay, etc., etc.

La presunción legal de medianería. Idea general.—El art. 572 establece una presunción favorable á la medianería, en los tres casos á que se refiere. Trátase, no de una presunción *juris et de jure*, sino *juris tantum*, al tenor de los arts. 1249, 1250 y 1251 del Código civil. La medianería se presume en los casos del Código, porque en el *uso ordinario de la vida* la medianería existe en las condiciones á que el art. 572 se refiere. Como presunción *juris tantum*

no es indestructible: es firme, en tanto que no resulte otra cosa por uno de estos tres motivos: 1.°, *título* que la contradiga, esto es, que las apariencias exteriores en que la ley se fija no implican la medianería, siempre que de los títulos de propiedad de las fincas resultase que la pared es toda ella de uno de los dueños; 2.°, *signo exterior* que modifique la presunción, dando vida á otra en contra de la medianería, con arreglo al art. 573; y 3.°, *la prueba en contrario*, esto es, que por otros medios que no sean el *título* se demuestre la inexistencia de la medianería. En su virtud, el procedimiento que para resolver sobre la existencia ó no existencia de la servidumbre de medianería en un caso concreto debe seguirse, es el siguiente: *primero*, lo que resulte del *título* ó de la *prueba* producida; *segundo*, á falta de éstos, según lo que se infiera de los signos exteriores que apunta el art. 573; y *tercero*, si no los hubiese, prevalece la presunción de los casos del art. 572.

Cuestionario del art. 572:

1.° El Código presume medianeras, las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación. *Motivo de la presunción*.—El indicio es la elevación común; hasta este punto han edificado los dos dueños porque tenían interés en ello: el propietario del edificio más bajo ningún interés tiene en la elevación de la pared por encima de su edificio (1). Realmente, cuando una pared sirve de división y apoyo á dos edificaciones, lo razonable es *presumir* que los dueños de ambas se hayan puesto de acuerdo, para construirla á costa de los dos y en terreno de los dos. Si suponemos que uno de ellos edificó primero, lo natural es que el que edificó después, antes de perder terreno propio levantando el muro en su solar, haya procurado hacerse copropietario del muro antes construído para apoyarse sobre él (2). Las razones indicadas se aplican para fundar la presunción de medianería en todo muro ó pared divisoria. Pero esas mismas razones explican el por qué la

---

(1) Goyena, obra citada, tomo 1.°, pág. 443.

(2) Laurent, obra citada, tomo 7.°, § 524; Pacifici-Mazzoni, obra citada, § 252.

presunción de la medianería termina en el punto en que acaba la elevación común: á partir de allí no hay interés *común* en la construcción del muro.

Explicación del caso y cuestiones.—Rectamente interpretado el texto del núm. 1.°, puede afirmarse que la medianería es total en la pared divisoria, en cuanto lo es; en su virtud, comienza en el cimiento y termina en donde la pared termine ó más abajo, según que los edificios divididos sean ó no de igual altura. Ya el Tribunal Supremo tiene sentada esta doctrina al declarar, en sentencia de 10 de Mayo de 1884, que la pared divisoria de dos casas, en defecto de pruebas en contrario, puede reputarse medianera *solamente en los puntos en que ambas concurren.* Pero puede ocurrir aquí una hipótesis que conviene examinar: en dos edificios de igual altura, ¿cuál es la condición de la pared que sobre éstos se eleve, como muro desnudo construído con cualquier objeto? Sin duda que no puede hablarse ya de pared divisoria, pues los edificios terminan en el tejado; mas esto no obsta para que los autores consideren con razón que la pared es común, como accesorio á una pared medianera, sin utilidad *exclusiva* para ninguno de los dos copropietarios: todo ello, claro está, salvo la prueba en contrario y el art. 573 (1). Por supuesto, si se trata de dos edificios de desigual altura y la pared se elevase por encima del edificio más alto, esta pared se presumiría siempre propiedad del dueño del edificio más elevado. Todas las apariencias y motivos de la edificación favorecen esta presunción última (2). Ahora bien: ¿cuál será el punto límite de la medianería, si las dos edificaciones no siguen en su terminación una línea igual invariable? Naturalmente, no puede tomarse como límite, ni el punto más bajo de coincidencia, ni el más alto. La medianería seguiría la línea de la edificación más baja en toda su extensión.

(1) Lepage, *Manuale de Legislazione e Giurisprudenza prediale*, núm. 114; Pothier, *De la société*, núm. 203; Laurent, obra citada, tomo 7.°, § 524; Ricci. obra citada, tomo 2.°; Pacifici-Mazzoni, obra citada, pág. 252.

(2) Autores citados.

Se ha debatido entre los autores sobre si debe considerarse como existente la medianería en la pared de una edificación más alta en favor de la edificación más baja, por el sitio en que van adosadas las chimeneas de ésta. Duranton y Demolombe creen que sí; pero nos inclinamos más á la opinión de Pacifici-Mazzoni, porque una chimenea no es una edificación que pueda contraponerse, al tenor del Código, á un palacio ó á una casa cualquiera.

Una misma pared puede ser divisoria de varios edificios: debe aplicarse el principio del art. 572 á este supuesto, conceptuando la pared medianera para cada edificio en la extensión que ocupe. El Código no hace distinción alguna para afirmar la medianería, respecto: 1.°, de la forma de los edificios; 2.°, de su respectivo destino; y 3.°, del estado en que cada uno se encuentre en cualquier momento.

El núm. 1.° del art. 572 habla de paredes divisorias; pero, ¿cómo debe entenderse lo de divisorias? El núm. 3.° del art. 573 sirve, en parte, para interpretar este extremo. Según éste, es signo exterior contrario á la medianería que «resulte construída *toda la pared* sobre el terreno de una de las fincas», y aun cuando luego añade, «y *no por mitad* entre una y otra de las dos contiguas», sin embargo, no ha de entenderse esto de un modo matemático. El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Mayo de 1865, declaró que para eso es preciso que la pared se construya en la línea divisoria de las dos edificaciones.

2.° Según el Código, se presumen también medianeras las paredes divisorias de los jardines ó corrales en poblado ó en el campo. El *motivo* es idéntico al de la presunción anterior: el común interés en la construcción de la pared. La condición indispensable para que, salvos los signos exteriores del art. 573, la medianería se presuma, es la de que los dos jardines ó corrales estén contiguos sin solución de continuidad: si entre un jardín y la pared pasase una senda pública, no habría ya medianería. La palabra *jardín* no puede ser interpretada en sentido estricto: el artículo es aplicable, sin duda, á los terrenos dedicados á otros cultivos, que no sean precisamente el de la jardinería. La medianería ha de pre-

sumirse también, aunque la pared sea divisoria entre jardín y corral. La redacción literal del Código español «jardines ó corrales», excluye esta cuestión suscitada por el código de Napoleón.

3.° Por último, presume el Código la medianería en las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios. No ofrece este caso dificultades. Unicamente se nos ocurre una cuestión común á este caso y al anterior, y es la siguiente. Para que la pared, cerca, seto, etc., se presuman medianeras, los jardines ó predios rústicos ¿han de estar cerrados por entero? La solución no puede darse de plano. Si se trata de heredades contiguas, defendidas por vallados ó setos vivos, se aplicará el núm. 7.° del art. 573. Pero, ¿y si se trata de jardines? Si uno de ellos está cercado por igual, sobre sí, y el otro también, no hay duda: la pared se presumirá medianera. Si el uno está y el otro no, parécenos muy razonable no considerar la pared medianera (salvo título ó prueba en contrario), pues quien tiene su finca abierta por entero, menos por el lindero en que coincida con el jardín cercado, no manifiesta el interés común que la medianería presupone. Por último, si ambos jardines estuviesen cercados sólo por donde coinciden sus lindes, y no por el resto, entonces la pared se presumiría medianera sin dificultad (1).

Como se ve, el Código no señala la presunción favorable á la medianería sino en los tres casos indicados (salvo el art. 574, de que luego se hablará, pero que no importa ahora). Ahora bien: estos casos suponen: 1.°, contigüidad de edificios; 2.°, contigüidad de jardines ó corrales sitos en poblado ó en el campo; 3.°, contigüidad de predios rústicos. Pero, ¿qué decidiremos cuando la pared sea divisoria: 1.°, entre edificio y jardín, ó corral y predio rústico; 2.°, entre jardín y predio rústico? ¿Habrá presunción de medianería? La cuestión se ha debatido, proponiéndose diferentes soluciones; pero, á partir de los principios generales de interpretación, creemos que no hay más que una solución *legal*: en efecto, la presunción legal no puede tener sino una interpretación restrictiva:

(1) Véase Goyena, obra citada, tomo 1.°, pág. 443.

no hay más casos de presunción que los que la ley *taxativamente* determine: en su virtud, en los casos supuestos no se puede presumir la existencia de la medianería (1). La pared, pues, será del edificio, la cerca del jardín ó corral, el seto ó vallado del predio rústico. Tal se induce de la naturaleza de las cosas (2).

ARTÍCULO 573

Se entiende que hay signo exterior, contrario á la servidumbre de medianería:

1.º Cuando en las paredes divisorias de los edificios haya ventanas ó huecos abiertos.

2.º Cuando la pared divisoria esté por un lado recta y á plomo en todo su paramento, y por el otro presente lo mismo en su parte superior, teniendo en la inferior relex ó retallos.

3.º Cuando resulte construída toda la pared sobre el terreno de una de las fincas, y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas.

4.º Cuando sufra las cargas, pisos y armaduras de una de las fincas y no de la contigua.

5.º Cuando la pared divisoria entre patios, jardines y heredades esté construída de modo que la albardilla vierta hacia una de las propiedades.

6.º Cuando la pared divisoria, construída de mampostería, presente piedras llamadas pasaderas, que de distancia en distancia salgan fuera de la superficie sólo por un lado y no por el otro.

7.º Cuando las heredades contiguas á otras defendidas por vallados ó setos vivos no se hallen cerradas.

En todos estos casos la propiedad de las paredes,

---

(1) Así opinan Duranton, Masse y Verge, Mercadé, Boileux, Demolombe, Aubry y Rau, Pacifici, etc.

(2) El código del cantón de Vaud resuelve la cuestión: «Si estando las fincas al nivel, dice, no son de la misma naturaleza, se presume que la pared pertenece exclusivamente al propietario de la finca que la ley considera más preciosa.»

vallados ó setos se entenderá que pertenece exclusivamente al dueño de la finca ó heredad que tenga á su favor la presunción fundada en cualquiera de los signos indicados.

El artículo reproduce el 513 del proyecto de Código civil de 1851 y el 574 del de 1882. Concuerda, en parte, no de un modo exacto, con el 654 de los códigos francés y belga, 541 del italiano, 2337 del portugués, 444 del de Vaud, 1248 y 1249 del de Guatemala, 852 del de Chile, etc., etc.

COMENTARIO. *Principio general del art. 573.*—Sentado en el art. 572 que la medianería se presume, salvo *signo exterior* en contrario, era obligado determinar qué signos exteriores son los que pueden destruir la presunción favorable á la medianería, provocando una contraria á favor del dominio exclusivo de la pared, cerca, vallado ó seto vivo, por parte de uno de los dueños de los predios colindantes, y transformando la pared, cerca, vallado ó seto vivo, de *medianera*, en meramente *contigua*. De los dos sistemas adoptados por los códigos, el uno (código de Chile) reducido á indicar que la medianería existe cuando haya señal de que el cerramiento se ha hecho de acuerdo y á expensas comunes, y no en el caso contrario, y el otro que implica la determinación de las hipótesis concretas en que no hay medianería, el Código español ha seguido este último, que es también el del código italiano y el del portugués. Por supuesto, la nueva presunción que del signo surge, al tenor del art. 572, es también *juris tantum.* El principio general á que los diferentes supuestos de este artículo responde, es el de que el muro pertenece al propietario de la finca ó heredad—del inmueble—hacia el cual ó en el cual existe el signo ó signos indicados, que implican de un modo normal, en las condiciones ordinarias de la vida—base de toda presunción,—la propiedad exclusiva. Un rápido examen de los diferentes signos demostrarán esto palmariamente.

Signos exteriores contrarios á la medianería:

1.° «Cuando en las paredes divisorias de los edificios haya *venta-*

nas ó huecos abiertos.» En pared medianera no puede abrirse por ninguno de los condueños ninguna ventana ó hueco sin permiso del otro ó de los otros (art. 580); luego si hay tales huecos abiertos, una de dos, ó ha habido acuerdo ó la pared no es medianera. La ley presume expontáneamente esto último, porque es lo ordinario; pero la presunción puede ser destruída por la prueba del acuerdo ó consentimiento del otro medianero, exigidos por el citado artículo 580. También cabe demostrar que la apertura de huecos ha sido abusiva (1). Los huecos han de ser *abiertos*, no meramente indicados. La propiedad de la pared pertenece á quien tiene á su favor el acto de propietario—apertura de los huecos.

2.º «Cuando la pared divisoria esté por un lado recta y á plomo en todo su paramento, y por el otro presente lo mismo en su parte superior, teniendo en la inferior relex ó retallos.» «Una pared, cuando es medianera, está construída de manera que su grueso ocupe tanto de una heredad como de otra, y en su elevación es preciso, si el grueso varía, dejar los mismos retallos á un lado que á otro, porque á cualquier altura que se tome, el centro de la medianería es preciso que esté á plomo de la línea divisoria; si la pared tiene los mismos retallos á un lado que á otro, la pared se supone medianera, y no lo es, si no lo tiene á una parte, y la pared será del propietario á cuya parte se hallen» (2).

3.º «Cuando resulte construída toda la pared sobre el terreno de una de las fincas, y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas.» Ya hemos hablado de esto, interpretando el caso por la jurisprudencia. El muro levantado en un terreno es del propietario del mismo mientras no se pruebe lo contrario. Nadie debe construir en terreno ajeno, y si lo hace, y no pone á salvo el derecho que á ello puede tener, correrá la suerte que impone el Código civil en sus disposiciones sobre accesión respecto de bienes inmuebles (véanse los arts. 358, 359, 361 á 364). Ya hemos indicado que

---

(1) Goyena, obra citada, tomo 1.º, pág. 444.

(2) Cámara, *Tratado teórico-práctico de agrimensura y arquitectura legal*, página 375.

no se trata de una distribución matemática de lo construído en los terrenos contiguos: la construcción ha de pesar en ambos terrenos y basta que en cada uno esté el espacio del muro necesario á la edificación que sostiene.

4.° «Cuando la pared sufra las cargas de carreras, pisos y armaduras de una de las fincas y no de la contigua». Se comprende, desde luego, que la pared de una edificación tiene un destino: apoyar y sostener lo edificado; una pared que sirve de apoyo á un edificio revela que es del propietario del edificio, con preferencia al propietario del edificio contiguo que no apoya en ella. El *destino técnico de la pared, señala en las relaciones ordinarias de la vida su dueño.* Conviene, sin embargo, tener muy en cuenta las pertinentes observaciones del técnico especialista. «Si en una pared se apoyan maderas, bóvedas ú otras construcciones, ó se advierten roces ó agujeros que manifiesten haber servido para apoyar maderas que han formado parte de la construcción, será medianera si se apoyan las maderas ó se advierten los roces ó agujeros á uno y á otro lado; pero si sólo lo tiene á una parte, la pared pertenecerá al propietario á cuyo lado estén: necesario es advertir que como estos roces se pueden hacer fácilmente, aunque no se tenga derecho á la medianería, si hubiese otra señal que probase lo contrario que los roces ó agujeros, tendrá más autoridad aquélla, pues se puede haber hecho ésta subrepticiamente» (1). Pudiera ofrecerse duda respecto de si el caso del art. 573, de que hablamos, permite esta interpretación hecha antes del Código civil, teniendo en cuenta el carácter taxativo de las disposiciones de éste; pero aun cuando es indudable el que, no cabe aumentar el número de los signos que el art. 573 señala, como luego veremos, sin embargo, la interpretación no ha de ser tan literal que en el núm. 4.° no se comprendan los *indicios técnicos* de que habla el Sr. Cámara y que se refieren al soporte por la pared de la edificación al construirse y luego de construída.

5.° «Cuando la pared divisoria entre patios, jardines y heredades esté construída de modo que la albardilla vierta hacia una de

(1) Cámara, obra citada, pág. 375.

las propiedades.» Es natural este indicio favorable á la presunción de propiedad en el dueño del terreno hacia donde cae la vertiente de la pared: sólo al dueño le es lícito hacer eso. Algún código (el italiano), conceptúa este signo como preferente en concurrencia con otros (1). «Si las aguas no vierten mas que á un lado, la pared es del propietario á cuyo lado vierten: aunque es mala construcción, se puede encontrar alguna que su cubierta sea horizontal, y entonces se observará si resalta la pared, y si así fuera, será medianera cuando resalte por uno y otro lado, y no cuando no resalte más que de uno estando por el otro á plomo» (2).

6.° «Cuando la pared divisoria, construída de mampostería, presente piedras llamadas pasaderas, que de distancia en distancia salgan fuera de la superficie por un lado y no por el otro.» El fundamento de esta presunción es de la técnica de la edificación. Las piedras que se llaman *trabas* ó *pasaderas*, son indicios técnicos á favor del propietario del terreno hacia donde se presentan, pues son consecuencia de las necesidades de la construcción.

7.° Nada diremos de él, porque ya expusimos nuestra opinión al comentar el art. 572.

Las cuestiones más importantes no surgen al interpretar los diferentes casos del art. 573 por separado. El procedimiento es fácil: si no hay título ni se produce prueba, la inspección ocular de la pared, cerca, vallado ó seto vivo, pondrá de manifiesto el *signo exterior* si lo hubiese, ó los que hubiera. Pero considerando el art. 573 en su conjunto, se ofrecen algunas cuestiones de cierto interés; á saber:

Primera. Los signos indicados en el art. 573, ¿son indicativos ó taxativos? Como al fin y al cabo, se trata de fijar una *presunción legal* por virtud de cada signo exterior, aun cuando la interpretación del texto no ha de ser meramente literal, es indudable que son *taxativos*. Los términos del artículo, además, no admiten duda.

Segunda. ¿Cuál debe ser la esfera objetiva de aplicación de

(1) Ricci, obra citada, tomo 2.°, § 379; Pacifici Mazzoni, § 312.
(2) Cámara, obra citada, pág. 375.

cada signo exterior? Conforme con la opinión de los autores, creemos que en cuanto el signo sea posible se aplica á cualquier pared, cerca, vallado ó seto vivo, sea cual fuere la condición de los fundos y sea cual fuere el dueño á quien pertenecen.

Tercera. El signo exterior contrario á la servidumbre de medianería, ¿puede excluir la presunción de ésta de parte del muro? En cuanto la índole del signo lo permita, es indudable que sólo excluye la presunción de medianería de la parte del muro en que se encuentre. Por ejemplo, la apertura de ventana ó hueco excluye la presunción de medianería de toda la pared; pero, en cambio, en el caso 5.°, si la albardilla vierte la mitad de la pared hacia un lado solo y la otra mitad hacia los dos lados, la presunción de medianería se mantendrá respecto de esta última mitad.

Cuarta. ¿Qué resolver si concurren, contradiciéndose, diferentes signos exteriores de los que el art. 573 enumera? Es indudable que el Código no ha previsto, como debiera, este caso posible. Otros códigos sí lo han previsto, por ejemplo, el italiano, si bien no tan definidamente que no dé lugar á dudas. El orden de prelación ó de preferencia en la división de los signos es convenientísimo. Pero, ¿qué hacer ante el silencio del Código civil? En la generalidad de los casos creemos que la concurrencia de los signos, ha de resolverse en atención á las condiciones particulares de la construcción del muro, y aplicando, cuando se neutralicen, el art. 572. Uno de los casos de concurrencia, el del núm. 3.° del art. 573, con otro ú otros, deberá resolverse con arreglo á los artículos 358, 359, 361 y siguientes de la accesión.

ARTÍCULO 574

Las zanjas ó acequias abiertas entre las heredades se presumen también medianeras, si no hay título ó signo que demuestre lo contrario.

Hay signo contrario á la medianería cuando la tierra ó broza sacada para abrir la zanja ó para su limpieza se halla de un solo lado, en cuyo caso la propie-

dad de la zanja pertenecerá exclusivamente al dueño de la heredad que tenga á su favor este signo exterior.

Reproduce este artículo el 514 del proyecto de Código civil de 1851 y el 575 del de 1882, y concuerda con los arts. 666 á 668 de los códigos francés y belga, 565, 566 y 567 del italiano, 706, 707 y 708 del de Holanda, 453, 454 y 456 del de Vaud, 2348 y 2349 del portugués, 1250 y 1251 del de Guatemala, etc. Debe admitirse que hay entre lo dispuesto por nuestro Código y los códigos extranjeros algunas diferencias de cierta importancia.

Interpretación del art. 574.—Contiene un caso especial de *medianería*, relativo á la condición de las zanjas ó acequias divisorias entre predios contiguos. El principio general que rige el primer párrafo del art. 574 es el del art. 572, y el que rige el segundo el del art. 573. Siéntase primero la presunción *juris tantum* de la medianería: exceptúase luego esta presunción, formulando otra basada en el signo exterior. Hay, sin embargo, una diferencia en los términos de redacción entre el art. 574 y el 572, que, mal interpretados, puede implicar una diferencia sustancial. El 572 dice que la presunción de medianería de paredes, cercas, vallados y setos vivos, subsiste, salvo título, signo exterior ó *prueba en contrario*. El art. 574 no mienta la *prueba en contrario*. Estamos conformes con el Sr. Sánchez Román en que, «no obstante esta diferencia de texto, debida sin duda á una omisión involuntaria de redacción, debe poder utilizarse *cualquier prueba en contrario*, cuando haya medios para ello, contra la *presunción legal de medianería* en las zanjas» (1).

Para la existencia de la presunción posible de medianería es preciso, ante todo, que la zanja ó acequia esté en la línea divisoria de los predios contiguos, toda vez que si estuviera más allá de ella, hacia uno de éstos, ó bien entre la zanja y el predio de al lado hubiese una pequeñísima faja de terreno correspondiente al pro-

(1) Obra citada, tomo 3.°, pág. 630.

pietario del otro, en ningún caso se podría presumir la medianería. Del propio modo, si la zanja está lindando con un terreno público, será del propietario del fundo contiguo (1).

Esto supuesto, como condición posesoria, la interpretación del motivo se hace teniendo en cuenta que, bien sea al abrir la zanja ó acequia, bien al limpiarla, se considerará como un gravamen ó como un beneficio lo de recibir la tierra y broza arrancada, y en su virtud, si hubiera medianería, los dueños de los predios contiguos reclamarán la participación en el beneficio ó la distribución de la carga: de donde se induce que cuando la tierra ó broza está de un solo lado, cesa la presunción de medianería, subsistiendo dicha presunción cuando no hubiese ni broza ni tierra en ninguno (2). Pero, y si la disposición de las heredadas fuese tal en sus límites contiguos, que no fuese dable depositar (v. gr., en virtud de la rápida inclinación del terreno) la tierra ó broza sacada de la zanja en una de ellas, ¿qué decidir? Algún código—el de Vaud—preve este caso, declarando que entonces cesa la presunción. Y tal creemos que debe decidirse en nuestro derecho, porque la aplicación del precepto legal implica condiciones de posibilidad objetiva.

En cuanto á la condición de la zanja ó acequia, no hay distinción que hacer: todas, sea cual fuere su uso y destino, pueden ser medianeras, siendo también indiferente el destino particular y estado—de cultivo ó de abandono—de los predios.

La tierra ó broza bastará simplemente que sea depositada según dice el Código. Otros códigos—portugués é italiano—exigen determinado tiempo. Quizá están más en lo firme, pues los términos del art. 574 pueden ser ocasión de errores y abusos, por parte del que esté interesado en cambiar por las apariencias, la verdad de las cosas, produciendo una presunción que no exprese el estado exacto del derecho.

---

(1) Ricci, obra citada, tomo 2.°, § 411; Pacifici-Mazzoni, obra citada, § 498; Laurent, obra citada, tomo 7.°, pág. 570.

(2) Goyena, obra citada, pág. 445.

En la interpretación de este artículo debe tenerse presente que, en concurrencia el título y el signo, prevalece el título.

Como se ve, el Código civil español sólo indica *un* signo en contrario: el del párrafo segundo. ¿Se ha de tomar éste *per modum exempli*, ó como taxativo? Por las mismas razones expuestas al comentar el art. 573, lo conceptuamos taxativo; pero debe tenerse en cuenta, para el desarrollo de todas las hipótesis posibles, que así como cabe oponer el título ó prueba en contrario contra la presunción de medianería, el signo á que se refiere el párrafo segundo del art. 574, puede también ser combatido por los medios legales: despu és de todo, la presunción de medianería se resuelve siempre en una cuestión de pruebas.

Pregúntase por algunos si cuando la zanja ó acequia pertenezca á uno de los dos propietarios, puede el otro pedir la medianería: de las disposiciones del Código se infiere que no; por otra parte, en las zanjas ó acequias no concurren razones y motivos de carácter público que aconsejen una solución contraria. Lo que sí cabe, como luego veremos (art. 575), es renunciar á la medianería en las zanjas ó acequias.

ARTÍCULO 575

La reparación y construcción de las paredes medianeras y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias, también medianeros, se costeará por todos los dueños de las fincas que tengan á su favor la medianería, en proporción al derecho de cada uno.

Sin embargo, todo propietario puede dispensarse de contribuir á esta carga renunciando á la medianería, salvo el caso en que la pared medianera sostenga un edificio suyo.

Los artículos 575 á 579 contienen el práctico desarrollo de las servidumbres de medianería, especialmente en lo relativo: 1.°, á derechos y obligaciones de los copropietarios; 2.°, sostenimiento

de las paredes, cercas, zanjas y demás que la servidumbre comprenda; 3.°, renuncia y constitución.

El art. 575 reproduce el 515 del proyecto de 1851 y el 576 del de 1882. Concuerda dicho artículo con los 655, 656 y 666 de los códigos francés y belga, 548 y 549 del código italiano, 443, 444 y 456 del de Vaud, 2334 del portugués, 858 del de Chile, 1254 del de Guatemala y 1109 del mejicano.

Idea general y motivo del art. 575.—Dos puntos abarca: 1.°, obligaciones de los copropietarios medianeros en cuanto á reparación y construcción del objeto de la medianería, y 2.°, caso general de renuncia á la medianería y excepción. Las obligaciones de los medianeros, antes de especificarse concretamente, implican el servicio de la pared, cerca, vallado, etc., según su destino y en armonía con el interés de la comunión, cuidando de todo lo referente al mismo con la debida diligencia. Concretamente, estas obligaciones se sintetizan en los términos del primer párrafo del artículo 575. El principio desenvuelto en éste es una aplicación de la doctrina de la comunidad de bienes, contenida en los arts. 392 á 397 del Código civil, y según la regla general, para todos los casos comunes (1), de que el que está á lo provechoso de la cosa debe estar también á lo gravoso de ella (2). Como obligación, la del art. 575, impuesta á los dueños de las medianerías para la conservación de la cosa común, grava á dichos copropietarios, *non propter personam*, sino *propter sens ocassione rei* (3).

El contenido de la obligación impuesta en el art. 575 refiérese á las reparaciones y construcciones, sean ordinarias ó extraordinarias aquéllas, ya se refieran á toda la pared ó cerca, ya á una parte; siendo una regla general que toda vez que la cosa es indivisa, la carga ó peso de su conservación debe ser indiviso. Pero esta regla general, ¿ha de aplicarse en absoluto? es decir: toda reparación, ¿debe ser á costa de los medianeros? por ejemplo: si la reparación

---

(1) Parte 3.ª, tít. 28, libro 3.°, Inst.; ley 6.ª, tít. 15, Partida 6.ª

(2) Goyena, obra citada, tomo 1.°, pág. 445.

(3) Pacifici-Mazzoni, obra citada, § 327.

de la pared ó cerca ha de hacerse de un solo lado, ¿deberán costearla todos los dueños? Los tribunales franceses han declarado el gasto á costa del dueño del predio hacia donde se hace la reparación (1), y así debe ser, sobre todo si la reparación se hace por su culpa. Algunos autores distinguen, según que se trate de reparar propiamente en la pared ó en algo sobrepuesto á manera de adorno en ella. La reparación de la primera clase deberá hacerse á costa de los condueños: la de la segunda, no (2).

Enlázase con ésta otra cuestión: ¿los medianeros deben concurrir á los gastos, sea cual fuese la causa que motive la reparación? Nuestro Código no hace excepción alguna, pero la distinción se impone. Si las reparaciones son consecuencia de fuerza mayor, vicio de la cosa, uso normal, es aplicable el art. 575; pero no así cuando fueran causadas por obra de uno de los copropietarios.

¿Cuándo procede la reparación? La decisión de si el estado de la pared, cerca y demás deben ser reparadas ó reconstruídas, debe ser obra de peritos, y ha de resultar de las circunstancias especiales de cada caso; pero desde luego claro es que no hace falta que la pared ó cerca esté en ruina. Parécenos muy aceptable la doctrina siguiente: «Toda medianería debe repararse y reedificarse, siempre que por falta de solidez se juzgue que puede venir algún daño á los condueños, y cualquiera de éstos puede compeler á los demás á la reparación.... Las señales para conocer si una pared medianera necesita reedificarse, varía según el uso, grueso, elevación, etc.» (3). Puede decirse que una medianería necesita *reparación*: 1.°, «cuando esté desplomada la mitad de su grueso ó aparece con bombío á cualquiera de sus lados; 2.°, cuando presente grietas ó hendiduras; 3.°, cuando hallándose descubierta en todo ó en parte, le falta el guarnecido por alguno de sus paramentos; 4.°, cuando la albardilla está estropeada, si es cerca» (4). El caso de pared ruinosa ha de ser obra de peritos.

(1) Navarro Amandi, obra citada, tomo 2.°, pág. 320.

(2) Pacifici, obra citada, § 330.

(3) Cámara, obra citada, pág. 379.

(4) Ibidem, págs. 379 y 380.

La índole del condominio no permite que ninguno de los copropietarios pueda proceder por sí y sin consultar á los otros á la reparación, salvo el caso de urgente peligro, cosa que convendrá hacer constar. Si uno de los copropietarios se negase á proceder á la reparación ó reedificación necesaria, el otro deberá proceder judicialmente. Si uno de los propietarios procediese á reparar ó reconstruir por sí, sin hacer constar la necesidad, lo hará á su costa.

La reparación no ofrece dificultad en cuanto á la ejecución de las obras necesarias: ha de hacerse lo mismo que la pared, cerca, vallado sea de suyo. No así la edificación: pues será preciso tener en cuenta toda reclamación procedente para procurar que el nuevo muro se construya con mejores materiales que el derruído, si los tuviese malos, pudiendo además uno de los dueños, si quiere, hacer que se construya más fuerte, pagando el exceso de los gastos.

Los copropietarios están obligados á sufrir las incomodidades que la reparación ó reedificación produzcan.

Según el art. 575, los gastos de reparación ó construcción de la medianería han de hacerse por todos los medianeros en proporción á su derecho. Así, si la pared, por ejemplo, es común en su totalidad, el gasto se repartirá en porciones iguales entre los condueños. Pero el muro no siempre es común en su totalidad, y entonces será preciso distinguir la parte común de la exclusiva, y distribuir el gasto en consecuencia.

La carga que la medianería impone puede renunciarse renunciando al derecho de propiedad que la misma medianería entraña. El Código limítase á aplicar en lo general los principios de la comunidad de bienes (art. 395 del mismo). La excepción es justa: no debe poder renunciar á la medianería, el que se está aprovechando de ella mediante el apoyo que la pared presta á su edificio, porque, en rigor, no renuncia al beneficio, renuncia á la carga (1). La aplicación de esta parte del art. 575 entraña dos cuestiones: 1.ª, ¿la renuncia ha de ser total ó puede ser parcial?:

(1) Goyena, obra citada, tomo 1.º, pág. 445.

del texto del Código se infiere lo primero, que además es lo justo; pues de permitirse la renuncia parcial, se daría el caso de que el medianero renunciase á la parte ruinosa ó necesitada de reparación para evitar el gasto, quedándose con la parte buena (1); 2.ª y si el condueño, una vez hecho propietario exclusivo, no hiciese las obras necesarias, ¿podrá el renunciante reivindicar la propiedad? La renuncia se hace bajo condición de que las obras han de hacerse, pues el que renuncia á la medianería es porque no quiere ó no puede hacer las obras necesarias (2).

Si las zanjas ó acequias sirven para el uso público, son carga de la finca, y sin abandonar ésta no podrá renunciarse la medianería (3).

ARTÍCULO 576

Si el propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera quisiera derribarlo, podrá igualmente renunciar á la medianería, pero serán de su cuenta las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo pueda ocasionar á la pared medianera.

Tiene antecedentes en los artículos 516 del proyecto de 1851 y 577 del de 1882. Concuerda con el art. 549 del código italiano, 1456 del de Guatemala, etc.

Este artículo viene á ser un complemento del párrafo último del art. 575. En efecto: el copropietario *no puede renunciar la medianería cuando la pared sostenga un edificio* suyo—dice el artículo 575,—á no ser que dicho propietario, al tenor del art. 576, derribe el edificio en cuestión; pues «si el propietario de un edifi-

(1) Pothier, obra citada, núm. 223; Pacifici Mazzoni, obra citada, § 344; Sánchez Román, obra citada, tomo 3.º, pag. 633.

(2) Laurent, obra citada, tomo 7.º, § 550; Pacifici, ídem, 353; Sánchez Román, ídem, pág. 633.

(3) Goyena, obra citada, tomo 1.º, pág. 446.

cio que se apoya en una pared medianera quisiera derribarlo, podrá igualmente renunciar á la medianería» con las condiciones que el mismo art. 576 señala. Se pregunta, si el derribo del edificio que apoya, parte en pared medianera, parte no, ha de ser total. Realmente, el texto se refiere sólo á la pared medianera, de modo que lo necesario será que el medianero derribe toda la porción del edificio que se apoya en la pared medianera. Algunos opinan que la renuncia de la medianería puede hacerse sin derribar el edificio, simplemente renunciando á él. Pero no se infiere esto del Código, pues desde el momento en que el otro medianero conceptúe que no le conviene aceptar tal renuncia, no puede imponérsele, en cuanto significaría una carga que nada ni nadie justifica.

El que quiere renunciar á la medianeria, según el art. 576, debe derribar el edificio evitando en lo posible todo daño al vecino, ó bien indemnizándole. En rigor, han de ser á su costa todas las reparaciones y obras que el derribo exige, para dejar: 1.°, á salvo el derecho del vecino, y 2.°, en buen estado la parte de propiedad á que renuncia. Sobre la manera como prácticamente ha de hacerse la evaluación de los gastos y la fijación de los reparos, nada puede decirse, pues dependerá de las circunstancias de cada caso, siendo obra ó tarea de juicio pericial todo ello. Lo único que aquí cabe sentar, es que el que renuncia á la medianería *no responde* más que de los daños que el derribo suponga por el hecho del derribo, no de los perjuicios que ulteriormente, y no con ocasión del derribo, sino por no existir la medianería, puedan causarse, y que las obras y reparaciones de la pared á cuya medianería se renuncia, son de cuenta del renunciante *sólo por aquella vez.*

Aceptada por un medianero la renuncia á la medianería que el otro hace al derribar su edificio, los gastos ulteriores de reparación y demás pasan íntegros al primer aceptante.

ARTÍCULO 577

Todo propietario puede alzar la pared medianera, haciéndolo á sus expensas é indemnizando los perjuicios que se ocasionen con la obra, aunque sean temporales.

Serán igualmente de su cuenta los gastos de conservación de la pared, en lo que ésta se haya levantado ó profundizado sus cimientos respecto de como estaba antes; y además la indemnización de los mayores gastos que haya que hacer para la conservación de la pared medianera por razón de la mayor altura ó profundidad que se le haya dado.

Si la pared medianera no pudiese resistir la mayor elevación, el propietario que quiera levantarla tendrá obligación de reconstruirla á su costa; y, si para ello fuere necesario darle mayor espesor, deberá darlo de su propio suelo.

ARTÍCULO 578

Los demás propietarios que no hayan contribuído á dar más elevación, profundidad ó espesor á la pared, podrán, sin embargo, adquirir en ella los derechos de medianería, pagando proporcionalmente el importe de la obra y la mitad del valor del terreno sobre el que se le hubiese dado mayor espesor.

Se corresponden estos dos artículos con los 518 y 519 del Proyecto de 1851, y 579 y 580 del de 1882. Concuerdan con los artículos 558, 559 y 560 de los códigos francés y belga, 685 del de Holanda, 554, 555 y 556 del italiano, 2331, 2332 y 2333 del portugués, 857 del de Chile, 564 y 565 del de Uruguay, 1260 y 1261 del de Guatemala, etc.

La doctrina contenida en los artículos 577 y 578 tiene sus precedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código civil. Algunos tratadistas han querido ver contradic-

ción entre las decisiones de este Tribunal comparadas unas con otras, y entre algunas de éstas y la doctrina del Código en su artículo 578: al efecto citan las sentencias de 15 de Enero de 1869 y de 16 de Marzo de 1888. Pero no hay tal, según veremos al examinar este último artículo: la jurisprudencia anterior puede estimarse como antecedente genuino en todas sus partes del Código civil en este punto.

Idea general.—En los artículos 577 y 578 se contiene: 1.°, reconocimiento de ciertos derechos del medianero en cuanto al modo de usar la medianería, derechos que implican verdadera servidumbre especial; 2.°, constitución forzosa de la medianería.

Explicación y comentario.—El Código, en su art. 577, reconoce en todo copropietario de la pared medianera el derecho á elevarla, profundizar su cimiento y aumentar su espesor, de conformidad con lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Marzo de 1888, según la cual, la pared divisoria de dos fincas urbanas es del dominio común de los colindantes, cada uno de los cuales tiene derecho á servirse de ella, y por tanto, puede elevarla á su costa, así como también debe atender á los gastos de conservación. Pero se debe advertir que este derecho no compete al copropietario, cuando el vecino tenga sobre la pared común un derecho de servidumbre, *altius non tollendi*, cosa que expresamente advierte el mismo Supremo Tribunal, tanto en la sentencia indicada como en la de 15 de Enero de 1869.

El derecho del art. 577 corresponde á todo propietario, y sin límites, en cuanto al objeto lícito á que destine la elevación ó reforma del muro. El Código dice: *todo propietario*. Tampoco hay límite en cuanto á la altura que pueda darse á la pared medianera: las condiciones de elevación, fortaleza y demás, tienen que ser obra de las ordenanzas municipales y del arte técnico de la construcción. Dentro de unas y otras, el propietario es libre jurídicamente hablando.

Al tenor explícito del art. 577, la elevación puede hacerse sea cual fuere el estado del muro, pero teniendo en cuenta que el modo de ejecutar la elevación y las cargas que ésta impone, son

distintos según que el muro permita la obra ó no. *Primer caso.* Si la pared medianera estuviese en condiciones de resistir la elevación, la regla es que la obra se haga de modo que se mantenga la solidez necesaria: el propietario lo hará á sus expensas é indemnizando, al tenor del primer párrafo del art. 577. *Segundo caso.* Si la pared no resiste la mayor elevación, se impone la necesidad de derribarla y reconstruirla por entero á costa del propietario y tomando de su terreno lo necesario para el mayor espesor. La obligación aquí impuesta es absoluta, no pudiendo alegarse el carácter útil para los condueños de la mejor construcción. Sin embargo, ¿y si la pared, independientemente de las necesidades de la mayor elevación, necesitase de reparaciones? Opinamos que el otro copropietario deberá contribuir en el tanto que estas reparaciones suponen (1). La misma solución se impone si la pared medianera estuviese ruinosa y necesitase ser reconstruída. En la reconstrucción del muro exigida sólo por la mayor elevación, el constructor es libre de hacerlo según su destino, no tocando al vecino otro derecho que el de cuidar que la obra resulte, en lo que á él interese, sólida y adecuada.

Atendiendo ahora por igual, á los dos casos expuestos, se debe advertir que el derecho concedido al propietario en el art. 577 le da la facultad de usar del terreno del vecino—al tenor del artículo 569,—imponiéndole las inevitables gabelas y molestias que esto supone. Pero, en cambio, impone al primero el deber de indemnizarle de los perjuicios, aunque sean temporales. Ahora bien: ¿cómo debe interpretarse esta obligación de indemnizar los perjuicios que la obra ocasione? De un lado, tenemos que el propietario que eleva el muro debe hacerlo á su costa, lo cual implica que la elevación como quiera que sea, no debe ocasionar al vecino gasto alguno; el propietario debe entregar el edificio ó fundo que ha tenido que usar para elevar, tal cual lo encuentra al empezar á usarlo. Pero, en esta indicación, coste de la obra, no va implícito más que el daño, falta el perjuicio. Se ha discutido muchísimo sobre el significado y

---

(1) Pacifici-Mazzoni, obra citada, pág. 385.

alcance de esta palabra, tanto con relación á los códigos extranjeros (1) como con relación á nuestro Código: se ha discutido, sobre todo, si en la indemnización al medianero se ha de comprender el *lucro cesante*. En nuestro concepto, el art. 577 está explícito y no permite dudas: habla de *indemnización de perjuicios aunque sean temporales*; y por tanto, comprende, de acuerdo con el art. 1106 del Código: 1.°, los que la finca hubiese sufrido para en adelante á consecuencia de la mayor elevación; y 2.°, los que al vecino se le hubiesen irrogado por la ganancia que haya dejado de obtener—alquileres, industria, etc.

La elevación de la pared medianera no disuelve la comunidad; la transforma y la transforma de este modo: si la obra se ha limitado á elevar la pared, la comunidad persiste como antes en cuanto á la parte en que aquélla era y sigue siendo medianera; la conservación de la pared en lo que se hubiese levantado ó profundizado, es del que la haya hecho, y la pared en estos puntos no es común, sino de exclusiva propiedad del que hubiese hecho la obra; si la elevación ha exigido reconstrucción del muro aumentando su espesor, la comunidad se mantiene en toda la extensión legal de la medianería, pero en cuanto al espesor sólo hasta el límite que la pared tuviese antes de la obra. En todo caso, los mayores gastos que la conservación de la pared medianera ocasione en virtud de la obra, serán de cuenta del constructor.

Un principio sintético ya indicado es el de que la propiedad de la mayor elevación, profundidad y espesor de la pared medianera, será del que hubiese hecho la obra, y en su virtud podrá usar de todos los derechos del propietario, entre ellos el de abrir huecos y vistas en ellas. Pero esta propiedad no es absoluta en cuanto al tiempo: tiene, en efecto, el límite del art. 578, por virtud del cual los demás propietarios que no hayan contribuído á dar más elevación, profundidad ó espesor á la pared, podrán, sin embargo, adquirir en ella los derechos de medianería, pagando proporcional-

(1) Discuten el asunto, entre otros, Pothier, Duranton, Demolombe, Aubry y Rau, Pardesus, etc.

mente el importe de la obra y la mitad del valor del terreno sobre el que se le hubiese dado mayor espesor; doctrina ésta formulada también por la jurisprudencia en sentencia de 16 de Marzo de 1888.

La interpretación de esta disposición del art. 578 debe ser objeto de algunas indicaciones. El fundamento de la misma está en la condición particular del copropietario en parte de la pared medianera, á quien, de no concederle el derecho del art. 578, se le pondría en una situación de inferioridad frente al otro, que pudo elevar su pared gravando al vecino. Por otra parte, el propietario de la elevación mayor, profundidad ó espesor no sale perjudicado, toda vez que se le paga el gasto hecho y el valor del terreno.

Pero puede ocurrir aquí una dificultad. La medianería puede ser pedida por el vecino en cualquier tiempo, inmediatamente después de hacer la obra ó pasados días, meses ó años Ahora bien: ¿cómo interpretar el pago de gastos y valor á que el art. 578 se refiere? ¿Ha de ser el importe de la obra, ó bien del valor que la misma tenga al hacer la petición? Los autores discuten este punto. Al tenor del art. 578, la interpretación literal parece ser ésta: en cuanto á la pared, el vecino no medianero deberá pagar proporcionalmente el *importe* de la obra—esto es, de los gastos de construcción según el art. 577;—en cuanto al terreno, el valor que el terreno tenga cuando se hace la reclamación. Sin embargo, creemos, con Pacifici-Mazzoni, que si al tiempo de la adquisición la pared estuviera deteriorada y en parte destruída, el vecino no estará obligado á pagar sino en vista del valor que la pared tenga en aquel momento.

Preguntan algunos, si para la constitución forzosa de la medianería por parte del vecino no medianero, es preciso que concurran necesariamente las condiciones del art. 578; esto es, si el vecino puede ó no reclamar la medianería á pared contigua, pero completamente ajena. No desconocemos la solución de muchos códigos extranjeros—el de Italia, el de Francia, etc.,—en el sentido de que se pueda imponer la medianería aun en este último caso; pero con arreglo al Código español, no creemos admisible una solución aná-

loga, entre otras razones, por las siguientes: 1.ª, porque el Código guarda silencio en este punto y la interpretación del art. 578 no comprende ese caso; 2.ª, porque el proyecto de Código civil de 1851 contiene en su art. 517 una disposición admitiendo la adquisición de la medianería en el caso de que hablamos, artículo *suprimido*, seguramente á sabiendas, en el Código civil; y 3.ª, porque se opone á la solución afirmativa la jurisprudencia antecedente del Tribunal Supremo, no contradictoria con la declaración de la misma jurisprudencia relativa al caso del art. 578—según hicimos notar—en sentencia de 15 de Enero de 1869, al decidir que *no es legal* la doctrina de que el dueño de un edificio contiguo á otro de mayor elevación, pueda adquirir el derecho de medianería siempre que no impida el uso de una servidumbre legalmente establecida y pagando proporcionalmente lo que utilice.

ARTÍCULO 579

Cada propietario de una pared medianera podrá usar de ella en proporción al derecho que tenga en la mancomunidad; podrá, por lo tanto, edificar apoyando su obra en la pared medianera, ó introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros.

Para usar el medianero de este derecho ha de obtener previamente el consentimiento de los demás interesados en la medianería; y, si no lo obtuviere, se fijarán por peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique á los derechos de aquéllos.

El art. 579 se corresponde con el 520 del proyecto de Código civil de 1851 y 581 del de 1882.

Concuerda, aunque con diferencias de cierto alcance, el primer párrafo de este artículo con el 662 de los códigos de Francia y Bélgica, 450 del de Vaud, 551 del italiano, 2330 del portugués, 855 del de Chile, 1263 del de Guatemala, 1118 del de Méjico, etc.

In re communi, dice el Digesto, *neminem dominorum jus facere*

quicquam, invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse (ley 28, tít. 3.°, libro 10).

Se contiene en el art. 579: 1.°, una declaración de carácter general respecto del uso que cada propietario puede hacer como tal de la medianería: un uso proporcional al tenor de los principios formulados en los artículos 393 y 394 del Código sobre el modo de usar de la cosa común. Ese derecho implica obligaciones: en cuanto el uso del derecho de medianería encuentra su condición limitada en el uso del mismo derecho por otro ú otros medianeros; 2.°, una declaración específica relativa al derecho de edificar apoyando en la pared medianera ó introduciendo vigas *hasta la mitad del espesor, pero sin impedir el uso común* y *respectivo de los demás medianeros*, y 3.°, el procedimiento legal para poner en acción ese derecho.

Naturalmente, el derecho de carácter general primeramente formulado, se ejerce sobre toda pared medianera, llegando el uso hasta donde el destino y el estado actual de la misma lo consientan. El especificado y sus análogos sólo puede ejercerse en las paredes que sirvan ó estén actualmente en condiciones de recibir y sostener el apoyo de la edificación, introducción de vigas y demás. Si no lo estuviesen regirán los principios del art. 575 ó 577, según los casos.

Todos los derechos del art. 579 competen á todos los copropietarios, y como han de ejercerse sobre pared común y *en tanto* que es común, si la pared fuese común en parte y en parte no común, los derechos sólo podrán ejercerse en el sentido extensivo superficial, hasta donde la pared sea común, y en el sentido del espesor hasta la mitad del mismo, teniendo presente que si la pared no fuese en su espesor totalmente común por haber sido aumentada según el art. 577, y el interesado no quisiese hacer uso del art. 578, la mitad del espesor se entenderá con relación al estado de la pared antes de haber sido reconstruída.

En pared medianera puede apoyarse cualquier clase de edificación que el muro consienta, salvo lo prevenido en el art. 590 y lo que á su vez dispongan las ordenanzas municipales.

El Código civil, partiendo del supuesto de una división ideal posible del disfrute de la pared medianera, según la cual la mitad de ésta es de cada uno de los vecinos participantes, señala como límites para la introducción de vigas la mitad del espesor del muro. Esta disposición del Código civil, distinta de la de tantos códigos extranjeros, ha sido objeto de censuras, porque parece olvidarse en ella el carácter de indivisión real de la comunidad en la medianería, en cuanto ésta supone que la pared se aproveche íntegra para los usos de cada medianero según el destino de la misma, pero tales censuras no son muy justificadas que digamos. El Código no ha dispuesto un imposible práctico, sino una posibilidad perfectamente *técnica:* el Código, además, ha querido prefijar un límite *cierto* á un uso indefinido, separando así dos esferas de derecho que por su íntimo contacto pueden ocasionar mil contiendas, si se las deja á una definición circunstancial. La pared, por ejemplo, si es de dos, ha costado por mitad—en lo común—á los dos: hasta donde sea posible, el uso debe ser también por mitad: en la introducción de las vigas la división es posible, fácil. Si, por el contrario, se permitiera, como otros códigos permiten al medianero, introducir las vigas por todo el espesor de la pared, se concedería al medianero un derecho á usar de lo que no es suyo en perjuicio del vecino, que no podría apoyar—por la escasa resistencia del muro, por ejemplo—todo cuanto la *mitad* suya consentiría á causa del modo como hubiera apoyado ya el otro copropietario. La servidumbre, en este caso, no está en el privilegio de *apoyar* el primero, sino en el *mutuo* apoyo que se presten las dos mitades inseparables—pero no indivisibles—de la pared medianera, para que los partícipes puedan usar de la mitad respectiva. Y no se nos hable de que de ese modo se puede perjudicar á la solidez de los edificios: el propietario que al apoyar no tenga soporte suficiente para las vigas que tiene que introducir en la pared con *su mitad*, debe darla mayor espesor por *su terreno:* es esto más justo que no perjudicar al vecino.

La medianería supone, decimos, derechos y deberes, ó concurrencia posible de derechos nacida de concurrencia de usos. El

principio que rige es el de que, para usar cada partícipe del derecho del párrafo 1.° del art. 579, es preciso hacerlo con la salvedad contenida en el párrafo 2.° Si es justo que el uso del derecho de medianería no perjudique los derechos respectivos de los partícipes, también lo es que el derecho del primero no esté á merced del capricho de los segundos (1). La simple incomodidad, dice Goyena, no deberá tenerse en cuenta. Si los peritos declaran que puede hacerse la obra y no pudiese evitarse algún pequeño perjuicio, será preciso indemnizar (2).

Algunos comentaristas hubieran deseado mayor amplitud en los detalles del art. 579, á fin de que fijase criterio legal para el ejercicio de los derechos del medianero en determinadas construcciones. Lo conceptuamos innecesario. Hay, primero, el principio general de la proporcionalidad de derechos, y para ciertas construcciones rige el art. 590 y las ordenanzas municipales y reglamentos.

SECCIÓN QUINTA

DE LA SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS

Son bastante unánimes los pareceres de los comentaristas al censurar al Código civil, suponiéndole reñido con la lógica y la técnica jurídicas, porque considera como disposiciones relativas á servidumbres de luces y de vistas, las contenidas en esta sección. Muchas de ellas conceptúanse como disposiciones sobre manifestaciones naturales del derecho de propiedad, otras como disposiciones referentes á la medianería, y otras, en fin, más propias para colocadas en la sección 7.ª de este mismo capítulo; pero fuera de que esto no es enteramente exacto, fuera de que no es imposible determinar en cada disposición, la servidumbre de luces ó de vistas como actual ó posible, la idea de servidumbre que late en el fondo y que al fin puede manifestarse en la sección toda, implica

(1) Obra citada, tomo 1.°, pág. 449.
(2) Idem.

en ésta el desarrollo de las condiciones en que se produce la propiedad, no libre ni plena, sino limitada en beneficio de propiedad de distinto dueño. Filippis (1) indica esto muy adecuadamente. «En los fundos abiertos la vista se ejercita libremente: en los cerrados se ejercita con *ciertas limitaciones.* ¿Por qué estas diferencias? La vista que se ejercita desde un fundo abierto sobre otro abierto, aunque recíprocamente igual, no es, sin embargo, constante.» El legislador no se ocupa de ella. En cambio, «cuando la vista se ejercita desde un fundo cerrado y cubierto sobre otro fundo abierto ó cerrado y cubierto, como puede no ser constante y sin reciprocidad, el legislador ha tenido que limitar su uso y crear para ello la servidumbre de luces y vistas». Las relaciones que en esta sección se comprenden se refieren en definitiva al modo de las limitaciones que esas servidumbres suponen, y en su virtud, cabían perfectamente dentro del cuadro que el Código civil señala para las servidumbres legales.

La teoría de la servidumbre que el Código desenvuelve en esta sección tiene su antecedente en el derecho romano: hablaba éste de *luminum*, *ne luminibus officiatur*, *prospectus, ne prospecti officiatur*, *altius tollendi, altius non tollendi.* También lo tiene en las leyes de Partida; pero debe advertirse que el legislador no se ha ceñido á tales antecedentes. Los más directos entre éstos están, sin duda, en algunas declaraciones del Tribunal Supremo que á su tiempo se irán anotando.

Según el epígrafe de la sección, se trata de servidumbre de *luces* y de *vistas.* Llámanse *luces* los huecos ó ventanas hechos en una pared á la altura de las carreras y en las condiciones del artículo 581; su fin se reduce á procurar la luz al ámbito en que existen: las *vistas* refiérense á todo hueco desde el cual puede una persona mirar hacia fuera (2).

---

(1) Obra citada, tomo 3.°, pag. 178.

(2) Véase Cámara, obra citada, págs. 350 y sigs.

ARTÍCULO 580

Ningún medianero puede sin consentimiento del otro abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno.

Antecedentes.—Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt aperto pariete communi, nullo jure fenestras immisisse respondi: ley 40, tít. 2.°, libro 8.° del Digesto (véase ley 2.ª, tít. 31 de la Partida 3.ª).

Copiado el art. 580, del 530 del proyecto de Código civil de 1851 y 532 del de 1882. Concuerda con el art. 675 de los códigos francés y belga, 583 del italiano, 466 del de Vaud, 578 del de Uruguay, 874 del de Chile, 1273 del de Guatemala, etc.

El medianero no puede por sí abrir ventana ni hueco alguno en la pared medianera: esto es, no puede ejercitar un acto de dominio que implica la propiedad plena de la pared, en cuanto exige uso exclusivo de *todo su espesor*. El fundamento de la prohibición implica una limitación jurídica basada en las exigencias de la copropiedad. El medianero *no puede disponer como le plazca de la pared*, y la pared que es suya de un modo indiviso, en cuanto suya sirve al destino económico del otro medianero, en virtud de la prohibición del art. 580.

Pero, ¿no podrá recurrir el medianero al art. 579, párrafo 2.°, en el caso de que el vecino se negase á la apertura de los huecos? En modo alguno: los términos del art. 580 implican un caso no previsto en el párrafo 1.° del art. 579. Abrir huecos en pared medianera, es usar de la cosa para uso á que no está destinada directamente, implicando esto perjuicio ilegítimo de derechos preferentes.

¿Y si el medianero abriese huecos en pared medianera, á pesar de la prohibición del art. 580? Si los huecos se abriesen á ciencia y paciencia del vecino, los huecos llegarían á ser signo exterior contrario de una medianería, á tenor del art. 573.

La prohibición del art. 580 tiene un carácter absoluto: de aquí nacen estas consecuencias: 1.ª, el medianero no podrá abrir ventanas ni hueco alguno, aun cuando el otro no haga uso de la medianería para edificar; 2.ª, el derecho de oposición compete á todo propietario de pared común; 3.ª, es indiferente la condición del predio. Pero por absoluta que sea la prohibición, tiene su límite objetivo en la pared común; de suerte que si ésta es en parte común y en parte no, la prohibición se refiere sólo á la primera: en la otra, el propietario podrá obrar según las condiciones legales contenidas en el art. 577 y en los arts. 581 y siguientes.

Si uno de los edificios apoyados en pared común fuese derribado, el propietario de éste no pierde por ello la medianería (véase el art. 576); por tanto, el otro, aun cuando el primero resuelva no reedificar, no adquiere el derecho de abrir huecos ó ventanas en la pared medianera. Pero, ¿y si, por ejemplo, quien ha derribado el edificio ha sido un municipio para ampliar una plaza, ensanchar una calle ó el Estado para abrir una carretera? ¿Podrá el medianero abrir por sí los huecos en la pared que da á la plaza, calle ó carretera? Andan muy en desacuerdo los autores. Aubry y Rau admiten la decisión de un tribunal francés, según la cual, si el municipio conserva el solar como propiedad patrimonial, no tiene el vecino derecho á abrir hueco alguno; pero si le adquiere en el caso de que el solar pase al dominio público (1). Ricci opina esto último (2). Pacifici no cree admisible tal doctrina (3); así opinamos nosotros. El municipio y el Estado adquieren sobre la pared medianera todos los derechos del copropietario, y entre ellos el del artículo 580. Cuando de un municipio se trata, el asunto habrá de ventilarse con arreglo á las ordenanzas municipales.

(1) Obra citada, tomo 2.º, § 222.

(2) Obra citada, tomo 2.º, § 357.

(3) Obra citada, § 647.

ARTÍCULO 581

El dueño de una pared no medianera, contigua á finca ajena, puede abrir en ella ventanas ó huecos para recibir luces á la altura de las carreras, ó inmediatos á los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre.

Sin embargo, el dueño de la finca ó propiedad contigua á la pared en que estuvieren abiertos los huecos podrá cerrarlos si adquiere la medianería, y no se hubiera pactado lo contrario.

También podrá cubrirlos edificando en su terreno ó levantando pared contigua á la que tenga dicho hueco ó ventana.

El principio y doctrina del presente artículo hállase formulado en muchas ordenanzas municipales. El Sr. Sánchez Román señala como antecedente la constitución *Sanctacilia* y el privilegio *Recognoverumt proceres*. También debe citarse la doctrina contenida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código civil (sentencias de 13 de Junio de 1877, 6 de Marzo de 1875, 13 de Mayo de 1882 y 10 de Mayo de 1884).

El art. 581 es análogo al 531 del proyecto de 1851 y al 583 del de 1882. Concuerda este artículo con el 676 de los códigos francés y belga, 584 y 585 del italiano, 874 á 877 del de Chile, 579 del de Uruguay, 1129 del de Méjico, etc.

Así como el art. 580 se refiere: 1.º, á pared medianera, y 2.º, á luces y vistas, el 581 se fija sólo en las luces en pared no medianera. Las condiciones de la relación jurídica sobre que el artículo 581 versa, son las siguientes: 1.ª, que ha de tratarse de pared no medianera, pero contigua á propiedad ajena; 2.ª, que lo que quiera abrirse sean huecos para recibir en edificación propias luces, y por el modo como la ley quiere que las luces se tomen, pudiera decirse, y aire (ventilación.)

En rigor, no tanto se trata de una servidumbre de luces sino de una servidumbre por causa de luces; servidumbre que grava al propietario de la pared en cuanto *no puede* abrir en ella huecos sino en las condiciones del párrafo 1.° del art. 581 y con los efectos que señalan los párrafos 2.° y 3.° del mismo artículo. La servidumbre beneficia al dueño de la propiedad contigua, y es la condición para que éste pueda usar y gozar de su suelo y cielo en el destino económico de la edificación.

Ahora bien: ¿y en qué consiste la limitación de la servidumbre? 1.°, en que los huecos y ventanas que el propietario de la pared puede abrir han de practicarse á la altura de las carreras ó inmediatos á los techos y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro; 2.°, el destino de estas ventanas y huecos que son para luces, según dice el artículo mismo, y se infiere de que el hueco ha de tener siempre reja de hierro remetida en la pared y estar cubierto con red de alambre.

Las disposiciones del párrafo 1.° tienen un carácter impositivo: en su virtud, el propietario está obligado á cumplir con ellas, y como implica una servidumbre en favor del propietario del predio contiguo, éste podrá oponerse en forma legal á que aquél falte á lo *ordenado* abriendo huecos de mayores dimensiones, más bajos, sin reja, etc., y en general, á que la servidumbre de luces se convierta en servidumbre gravosa para él de vistas, mucho más cuando puede empezar á correr la prescripción si después de prohibido consintiese su uso.

Pregúntase si el precepto del art. 581 se refiere á toda clase de paredes. La pregunta parécenos ociosa. El artículo habla de *luces* y de las condiciones exigidas para abrir los huecos; dice que éstos han de abrirse á la altura de las carreras ó inmediatos á los techos, lo cual indica que se trata de casas ó edificios, y que, por tanto, no hay derecho á abrir huecos para luces en una pared divisoria de jardines ó huertas.

La apertura de los huecos para las luces no establece servidumbre á favor de quien la abre, pues son de mera tolerancia, y el propietario del fundo contiguo puede cerrarlos si adquiere la

medianería (salvo pacto en contrario) y cubrirlos si edifica pared contigua. Esta doctrina es la formulada constantemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de una manera repetida. Dice ésta, en sentencia de 31 de Mayo de 1892 (confirmatoria de las de 6 de Marzo de 1875, 13 de Junio de 1877, 13 de Mayo de 1882, 10 de Mayo de 1884 y 12 de Noviembre de 1889), que los huecos abiertos en la pared propia, en correspondencia con suelo y cielo ajenos, son de mera tolerancia, salvo pacto en contrario, y no pueden ganarse por prescripción, sino computando ésta desde la ejecución de algún acto obstativo que tienda á privar al dueño de la finca á que afecte, de la facultad de edificar sobre la misma.

ARTÍCULO 582

No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones ú otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad.

Tampoco pueden tenerse vistas de costado ú oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay 60 centímetros de distancia.

ARTÍCULO 583

Las distancias de que se habla en el artículo anterior se contarán en las vistas rectas desde la línea exterior de la pared en los huecos en que no haya voladizos, desde la línea de éstos donde los haya, y para las oblicuas desde la linea de separación de las dos propiedades.

ARTÍCULO 584

Lo dispuesto en el art. 582 no es aplicable á los edificios separados por una vía pública.

ARTÍCULO 585

Cuando por cualquier título se hubiere adquirido derecho á tener vistas directas, balcones ó miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sir-

viente no podrá edificar á menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el art. 583.

Antecedentes—El art. 585 los tiene en la ley 25, tít. 32 de la Partida 3.ª Los arts. 582 y 583 son análogos á los 532 y 533 del proyecto de Código de 1851, y 587 y 588 del de 1882. Los artículos 584 y 585 reproducen los 589 y 590 de este último.

Concordancias.—Concuerdan estos artículos, más ó menos fielmente, con la doctrina comprendida en los arts. 678 á 680 de los códigos francés y belga, 695 del holandés, 487 del de Vaud, 587 á 590 del italiano, 2325 y 2326 del portugués, 878 del chileno, 1276 y 1277 del guatemalteco, etc.

Preliminar.—Agrupamos en un mismo comentario los cuatro artículos en que se regulan el *servicio* y *servidumbres de vistas*, comprensivos: 1.º, de las *limitaciones* impuestas al dueño de una pared que las quiera construir sobre finca ajena (arts. 582 y 583); 2.º, de la *excepción* de aquéllas cuando las vistas se abran sobre vía pública (art. 584), y 3.º, de las *condiciones* con que se puede gozar de la servidumbre de vistas, una vez adquirido el derecho á ellas (artículo 585).

Vistas rectas y *oblicuas.*—La adecuada inteligencia de la materia exige ante todo la definición explicativa de ciertos términos empleados en el articulado: son éstos, *vistas rectas* y *vistas oblicuas*. Vistas *rectas*—ó de frente—son aquellas que se abren en pared paralela á la línea que divide los predios, ó en que el hombre tiene al usarlas la cabeza en su posición natural: en ellas mira aquel perpendicularmente sobre la línea divisoria entre la pared y el fundo del vecino. Vistas *oblicuas*—ó de costado, laterales—son aquellas que se practican en una pared que forma ángulo con la línea divisoria de los predios: para usarlas, el hombre tiene que colocar su cabeza hacia uno de los lados. Si lo construído fuese un balcón ú otra obra saliente, el lado formará una vista recta sobre el fundo vecino (1). Dadas las condiciones de las vistas rectas y obli-

(1) Cámara, obra citada, pág. 459.

cuas, no cuesta esfuerzo alguno comprender cómo pueden tenerse á un mismo tiempo vistas rectas y oblicuas, desde el momento en que se tenga de frente un predio ajeno y el otro de costado. El citado caso del balcón, es ó puede ser el más común de los casos de la concurrencia de las dos clases de vistas. Más aún: un mismo edificio puede tener varias vistas directas, por ejemplo, en una edificación aislada de cuatro frentes (1).

Servicio de vistas: cómo puede tenerse: servidumbre que de él se origina.—Definidas las vistas, es preciso interpretar el art. 582 en cuanto á los medios con que pueden ejercitarse, fijando de paso aquellas á las cuales se refieren las limitaciones que implican la servidumbre. El texto dice: «No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones ú otros voladizos semejantes.» Como se ve, la disposición del artículo tiene algo de taxativo—ventanas y balcones,—y algo de demostrativo—otros voladizos semejantes.—Y se pregunta: ¿qué género de construcciones para obtener vistas han de ser comprendidas en la última indicación? El Sr. Sánchez Román, interpretando en sentido restrictivo lo *prohibitivo* del art. 582, dice que sólo se refiere á «las vistas obtenidas por las superficies laterales de los edificios»; «pero no á las azoteas, terrados ó techumbres de los edificios»; las cuales, siempre que no *salgan* de la cima perpendicular de la fachada, no están dentro de las prescripciones de los arts. 582 y 583 (2). No estamos conformes. Parécenos más racional la interpretación de Pacifici-Mazzoni, al comentar el artículo 587 del código italiano, casi igual al 582 del español (3). En nuestro concepto, hay que distinguir si las azoteas y terrados tienen balaustre ó no; si no lo tienen, no les es aplicable el art. 582; si lo tienen, sí: pues el referido artículo habla de balcones, y una terraza puede hacer oficio tal. El Tribunal Supremo lo ha entendido así en sentencia de 6 de Junio de 1892, al afirmar que el precepto del art. 582 es aplicable al caso de un terrado ó azotea que

---

(1) Pacifici-Mazzoni, obra citada, § 672 y siguientes.

(2) Obra citada, tomo 3.°, pág. 639.

(3) Loc. cit.

por su extensión y altura equivalga á un balcón. El precepto seguramente no es aplicable á las luces y vistas obtenidas por la techumbre: claraboyas, lucernas, etc., porque el objeto es que *no se inspeccione* el fundo ajeno (véase la misma sentencia citada).

Se ha debatido sobre si el precepto es aplicable á la apertura de una puerta, es decir, si el dueño de una edificación está obligado á someterse á los arts. 582 y 583 al abrir en pared propia, sobre terreno propio—v. gr., un metro ó metro y medio—una puerta. El art. 582 de ninguna manera se refiere á la apertura de una puerta que además no tiene el destino de dar vistas. La jurisprudencia de los tribunales franceses é italianos han resuelto la cuestión en el sentido que indicamos.

¿Y si los dos fundos contiguos no estuviesen á un mismo nivel? Creemos que no hay motivo para exceptuarlos del art. 582. Las razones limitativas del servicio de vistas persisten, y debe persistir la aplicación de los referidos artículos.

Expuesto y determinado el límite extensivo del objeto á que el art. 582 se refiere, es preciso ver ahora cuál es la servidumbre legal que las vistas ó la manera de *gozarlas* originan. La servidumbre realmente no está en *sufrir las vistas*, sino en *no poder tenerlas*, á no ser con ciertas condiciones, á saber: 1.º, si se trata de vistas rectas sobre finca ajena, ha de mediar entre ésta y la pared donde se abran *dos metros*, y 2.º, si se trata de vistas oblicuas, también sobre propiedad ajena, ha de haber *60 centímetros* de distancia (véase el art. 583); ó según el exacto principio del derecho catalán, nadie puede tener vistas sobre predio ajeno sin tenerlas antes sobre predio propio.

La declaración del Código, para imponer los límites de la servidumbre legal, es aplicable, sea cual fuere el destino del fundo, sea quien fuere la persona á quien pertenece, como de patrimonio particular ó no (salvo el art. 584), esté el fundo cerrado ó abierto, y no importando que las vistas sean perpetuas ó temporales.

Interpretación práctica del art. 583.—Y llegamos á las cuestiones que revisten más acentuado carácter práctico. ¿Cómo deben medirse las distancias en las vistas? Es preciso distinguir:

1.° *Cuando se trate de vistas rectas.* Dice el texto: se contarán las distancias «desde la línea exterior de la pared en los huecos donde no haya voladizos», esto es, cuando la vista se obtenga sin avance de la fachada, y «desde la línea de éstos donde los haya»; la distancia recuérdese que es de dos metros. Para fijar, pues, las distancias es preciso tener en cuenta dos extremos: el uno, las vistas; el otro, la línea divisoria ó de contigüidad de los dos predios. En la primera hipótesis del Código—vistas por ventanas sin voladizos,—la cuestión no ofrece dificultad; cuando se trata de paredes á cordel que coinciden paralelamente con la línea divisoria, ha de tomarse la distancia desde la línea exterior de la pared, sin tener en cuenta la forma y construcción de la ventana, repisa, adornos saliente, etc. Pero, ¿y si no fuesen la pared y la línea divisoria paralelas? La cosa no es fácil de resolver, pero nos inclinamos á creer que la distancia ha de tomarse desde el punto más saliente de la pared de las vistas. La segunda hipótesis se resuelve fácilmente: ha de medirse desde la línea de los voladizos. Puede ocurrir que los dos predios estén separados por pared medianera: ¿cómo se miden entonces las distancias para señalar la línea de edificación del que quiere tener vistas? Hay tres puntos: unos sostienen que desde la línea interior del muro hacia el predio del vecino; otros que en la línea del predio que edifica; otros que debe prescindirse del muro y contar desde el medio del mismo: realmente, en esa línea es donde empieza la propiedad del fundo, á que se refiere el art. 584. También puede ocurrir que el terreno que separe los dos predios sea *pro indiviso*, y si así ocurriese, creemos que también debe aplicarse el art. 582, porque de su contexto terminante no se infiere otra solución á modo de excepción particular. El Sr. Cámara propone, como excepción de la exigencia legal de la distancia, el caso en que delante de las vistas que se quieren romper hubiera un muro que impidiese registrar la propiedad vecina, si bien desde el momento en que el muro fuese destruído sería necesario cerrar las vistas (1). Realmente, creemos que hoy no

(1) Obra citada, pág. 360.

puede sustentarse esta opinión, porque no hay disposición alguna en el Código que lo autorice. Por otra parte, la distancia legal no puede dejarse á merced de acontecimientos ulteriores: se ha de fijar al construir las vistas.

2.° *Cuando se trate de vistas oblicuas.* El texto dice, que los 60 centímetros de distancia han de contarse «desde la línea de separación de las dos propiedades». La manera de fijar ésta se ha de reducir siempre á determinar, á partir del lugar donde el hueco ha de abrirse, una línea que forme ángulo recto con la de la propiedad del vecino.

Pero puede ocurrir que se trate á un tiempo de vistas rectas y oblicuas. En ese caso es preciso combinar ambas distancias con relación á los fundos contiguos. Si, por ejemplo, la vista recta sólo puede abrirse á cualquier parte del muro, construído á dos metros, si á la vez fuese oblicua respecto de otro fundo, no podrá abrirse á menos de los 60 centímetros. Si lo que se construye en vista oblicua fuese un balcón, el lado del mismo será una vista recta, y por tanto, deberá abrirse guardando desde él los dos metros de distancia exigidos para esta clase de vistas.

Excepción legal.—Las limitaciones en cuanto á las distancias, de que hablan los artículos 582 y 583, no se aplican, según el artículo 584, cuando la pared en que se abren las vistas es de un *edificio* y aquélla linda con una *vía pública.* El motivo de esta disposición se explica: no hay razón para impedir que el propietario *inspeccione la vía pública*: el uso de ésta es perfectamente compatible con el uso de las vistas inmediatas. La recta interpretación del art. 584 supone que se trata de edificios, y que la excepción vale sea cual fuere la clase de la vía pública y sea cual fuere su anchura. La limitación que indicamos está expresa en el Código: habla de «edificios»; por tanto, no rige en paredes ó cercas de jardines, etc.; por otra parte, no añade nada el artículo de lo cual pueda inferirse que no reza con ciertas vías públicas, ni con las que tengan menos anchura de la que supone la distancia legal del artículo 582. Por supuesto, todo lo relativo á la excepción del artículo 584 tiene que armonizarse con lo que dispongan las orde-

nanzas municipales y con las servidumbres públicas de carreteras, ferrocarriles, etc.

Las servidumbres de vistas.—Del art. 585 se infiere la posibilidad del establecimiento de un gravamen sobre un fundo, el cual consiste en que el dueño de éste *tenga que respetar el beneficio de las vistas abiertas en fundo contiguo,* no edificando sino, cuando menos, á tres metros hacia el interior de su finca (art. 583), y consintiendo que el dueño del fundo contiguo registre y vea desde él el fundo gravado: la servidumbre de vistas aquí es tan clara que nadie la pone en duda. La condición esencial aquí es la de que el dueño del predio dominante haya adquirido el derecho á tener vistas: naturalmente, un derecho indeterminado en cuanto al modo, pues de haberse estipulado cómo se deben gozar tales vistas, el contrato sería la ley de la servidumbre—voluntaria ya entonces.—Implica esta servidumbre, además, que el que ha adquirido el derecho del art. 585 nada tiene que ver con lo dispuesto en los artículos 582 y 583; de lo cual se infiere que el dueño del predio sirviente tiene: 1.º, el derecho á impedir al del dominante la apertura de las vistas sobre los fundos á menor distancia de la indicada en los artículos 582 y 583, y 2.º, el de no poder él edificar en la divisoria de los predios ni á menos de tres metros de éstos.

El art. 585 dice: «cuando por cualquier título se hubiese adquirido....». Según esto, el derecho de tener vistas puede adquirirse por cualquiera de los modos con que en derecho pueden adquirirse los derechos reales; por tanto, puede adquirirse por convenio de las partes—según queda indicado,—por testamento, etc., y por prescripción, la cual se ha de ganar según el art. 537—prescripción de veinte años—y con arreglo á las repetidas decisiones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en sentencias de 10 de Enero de 1890, 31 de Mayo del mismo año y 10 de Enero de 1893.

Al interpretar el art. 585 en cuanto á la imposición de las distancias de tres metros para que el dueño del predio sirviente pueda edificar, se ha ocurrido á algunos la duda de si este precepto, relativo á la forma legal de establecer la servidumbre, sería abso-

luto, de tal modo que no fuera posible adquirirse por prescripción la servidumbre de vistas, imponiendo al dueño del predio sirviente una mayor distancia de tres metros para poder edificar. La duda no tiene muy clara razón de ser. Si esta distancia puede ser aumentada por convenio de las partes—cosa que no excluye el artículo 585,—también puede serlo por prescripción. Realmente es aplicable por entero á este caso el art. 547, según el cual, «la forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera». En su virtud, como el propio artículo 585 dice, lo de los tres metros es distancia mínima, y salvo pacto en contrario ó lo que resulte de la prescripción; interpretando el art. 585 en su total contexto por la doctrina del Tribunal Supremo anterior al Código, debe considerarse éste, en cuanto á la distancia, como definidor de tal condición de la servidumbre *legal* é indicativo de su naturaleza, sin perjuicio de las modificaciones permitidas por el Código mismo, provenientes de la voluntad expresa de los interesados ó de la prescripción (véanse sentencias de 16 de Noviembre de 1879 y 16 de Diciembre de 1882).

SECCIÓN SEXTA

DEL DESAGÜE DE LOS EDIFICIOS

El Código comprende, como se ve, dentro del capítulo de las *servidumbres legales*, las disposiciones relativas al *desagüe de los edificios*; lo cual no quiere decir que los tres artículos que esta sección contiene se refieran directamente al *establecimiento* y goce de las servidumbres que dicho desagüe puede ocasionar. En rigor, el Código recoge en conjunto y formula en general el contenido de los precedentes que los romanos ofrecían de las servidumbres urbanas *stillicidii vel fluminis recipiendi*, *stillicidii vel fluminis ne recipiendi*: con más las ofrecidas por el derecho patrio en varias leyes, pero muy particularmente en la ley 2.ª, tít. 31, y 14 y 15 del tít. 32 de la Partida 3.ª A este efecto el Código se separa de la mayoría de los códigos extranjeros, que, como el francés y el italiano, se limitan á insertar el principio capital del art. 586.

Como los tres artículos de esta sección se refieren en concreto á un mismo principio (el del art. 586) y á su excepción directa (art. 587), con más á una consecuencia posible, base de la servidumbre legal de desagüe (art. 588), comprenderemos los tres artículos bajo un mismo comentario.

ARTÍCULO 586

El propietario de un edificio está obligado á construir sus tejados ó cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo ó sobre la calle ó sitio público, y no sobre el suelo del vecino. Aun cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado á recoger las aguas de modo que no causen perjuicio sobre el predio contiguo.

Concuerda, aunque no literalmente, con los arts. 534 del proyecto de 1851, y 588 del de 1882. Concuerda con el art. 681 de los códigos francés y belga, 591 del italiano, 2327 del portugués, 1878 del de Guatemala, 1133 del de Méjico, 581 del de Uruguay. El artículo 879 del de Chile, más explícito que el español, declara que «no hay servidumbre legal de agua de lluvias».

ARTÍCULO 587

El dueño del predio que sufra la servidumbre de vertiente de los tejados, podrá edificar recibiendo las aguas sobre su propio tejado ó dándoles otra salida conforme á las ordenanzas ó costumbres locales, y de modo que no resulte gravamen ni perjuicio alguno para el predio dominante.

Tomado del art. 592 del proyecto de Código de 1882. No tiene concordancias con los códigos extranjeros.

ARTÍCULO 588

Cuando el corral ó patio de una casa se halle enclavado entre otras, y no sea posible dar salida por la misma casa á las aguas pluviales que en él se recojan, podrá exigirse el establecimiento de la servidumbre de desagüe, dando paso á las aguas por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida, y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicios ocasione al predio sirviente, previa la indemnización que corresponda.

Tomado del art. 590 del proyecto de Código de 1882. Concuerda con los arts. 1279 del código de Guatemala y 1134 del de Méjico.

Principio general.—En el art. 586 se formula un principio natural, regulador del ejercicio del derecho de propiedad, en cuanto al agua procedente de lluvias que arroye por los tejados ó cubiertas de los edificios, al efecto de que estas aguas no perjudiquen los predios contiguos. No establece, pues, en rigor una servidumbre, porque el exigir de un propietario que al usar de su fundo no perjudique el fundo del vecino, no es una servidumbre: es la imposición de una regla normal del derecho que la propiedad implica. Sin embargo, la disposición del art. 586 tiene su origen en el concepto romano de una servidumbre urbana: *stillicidii non recipiendi vel flumini non avertendi*, que implica el derecho de un predio á impedir el desagüe de otro que lo tuviese, por la naturaleza ó por las reglas de construcción, obligando á su dueño á variar la dirección de las aguas en términos que no caigan sobre él (1). Según el Sr. Goyena, la servidumbre está en la obligación de hacer caer las aguas sobre el suelo propio (2). Pero difícil es ver aquí la ser-

(1) Pacifici-Mazzoni, obra citada, § 721; Sánchez Román, obra citada, tomo 3.°, pág. 503.

(2) Goyena, obra citada, tomo 1.°, pág. 460.

vidumbre, á no ser que se considere como facultad inherente al derecho de propiedad la de hacer verter los tejados aunque sea en predio ajeno, cosa que pugna con todos los principios regulares del derecho. El gravamen no tiene, en verdad, razón de ser en ese caso, pues al oponerse el dueño del predio que habría de recibir las aguas, no hará sino reclamar contra un daño indebido y en demanda de una condición indispensable al destino económico de su fundo. La idea y el hecho de la servidumbre surgen más bien del lado contrario, á saber: cuando se logra—por contrato, por prescripción, etc.—el derecho á que el tejado de nuestro edificio vierta en el fundo ajeno.

El fundamento del principio formulado está en la máxima del Digesto (ley 8.ª, párrafo 5.°, tít. 8.°, libro 8.°): *Hactenus cuique in suo facere licet, quatenus nihil immittat in alienum.*

La forma del precepto del art. 586 es terminantemente prohibitiva. Ahora bien; ¿qué prohibe?: 1.°, que las aguas pluviales recogidas en los tejados ó cubiertas de los edificios caigan sobre fundo ajeno; 2.°, que aun en el supuesto de que se las haga caer en suelo propio, se perjudique al predio contiguo, para lo cual será preciso recogerlas convenientemente. La disposición se refiere pura y exclusivamente á las aguas procedentes de las lluvias, no á las que puedan caer de los edificios por otras causas (industrias, cloacas, etc.), que se rijen por prescripciones particulares, como el art. 590; por prescripciones generales, como el art. 1908 del Código ó por las ordenanzas municipales.

La prohibición, además de ser terminante, es en su extensión absoluta; así recae sobre las aguas pluviales sea cualquiera la forma con que se las quiera dar salida, sea por canales, gota á gota ó á hilo,—*per stillicidium*, sea por canales ó tubos,—*per fluminum*. Para que la prohibición valga, no hace falta que la caída del agua del tejado dañe al fundo ajeno: se prohibe esto de una manera incondicional. Tampoco importa la situación de los fundos: así, si el uno está más alto que el otro, no por esto el inferior está obligado á consentir la caída de las aguas del tejado del edificio construído en el superior. Es preciso tener en cuenta que la servi-

dumbre de aguas á que se refiere el art. 552, no tiene nada que ver con las aguas pluviales recogidas con intervención del hombre en tejados, y las cuales no implican la corriente natural de las aguas á que dicho artículo se refiere.

Pregúntase por los autores si la prohibición del art. 586 reza con el propietario de un edificio contiguo por el lado de la vertiente del tejado en terreno proindiviso. Algunos opinan que si el terreno no está destinado á usos especiales, ó bien si no se perjudican estos usos, el referido propietario podrá hacer caer las aguas en el terreno común (1). Esta opinión ofrece sus dudas. En primer término, habría que saber en qué proporción corresponde al propietario del edificio el terreno común, pues bien podría ser éste en tales términos, que dejando caer las aguas de su edificio, perjudicase al vecino condueño en una proporción mucho mayor del terreno común. Además, va contra la naturaleza de la propiedad *pro indiviso* el aprovechamiento de ella en beneficio exclusivo de uno de los partícipes.

El Código no establece, en rigor, diferencia en cuanto al destino del predio sobre el cual no se debe verter el agua del tejado. Verdad es que habla de *suelo,* pero ha de entenderse éste como expresión genérica comprensiva del terreno abierto y del cubierto por cualquier clase de edificación.

Pero al señalar el destino del predio desde el cual no se debe dejar caer el agua, habla el Código de *edificio:* edificio comprende sólo casas, templos, etc.; ahora bien: ¿se debe considerar exceptuada una pared ó muro sobre el cual, á modo de albardilla, se coloque un tejadillo defensivo? Creemos que no: aunque no tan acentuadas, hay las mismas razones en pro de la prohibición, reforzadas por lo que el mismo Código dice en el art. 573, núm. 5.º

La caída de las aguas, á que el art. 586 se refiere, puede evitarse de varios modos. El que este artículo supone en primer término, es el que, una vez aceptado—á ser posible por las condicio-

(1) Véase Laurent, obra citada, tomo 8.º, § 68; Pacifici, obra citada, § 722

nes de la construcción,—resuelve la cuestión de plano; á saber: edificar de modo que el tejado vierta en terreno propio hacia dentro ó en la vía pública, con arreglo á las ordenanzas municipales. Otro medio es el de recoger el agua con una canal general para hacerla verter fuera del predio ajeno: también este medio resuelve la cuestión de plano. Pero hay otro que es al que seguramente se refiere el Código en el último inciso del art. 586, á saber: retirar la edificación lo necesario de la línea divisoria para que el tejado vierta en suelo propio. Como el Código no especifica el cómo debe hacerse ésto, será asunto que ha de resolverse sobre el terreno en cuanto á la manera *técnica* de verificarlo «para que las aguas no causen perjuicio sobre el predio contiguo». Lo más importante es cuidar de que cuando las aguas caigan del tejado en suelo propio, no se escurran al suelo ajeno, porque ya se ha dicho que no estamos aquí en el caso del art. 552.

La prohibición no se aplica cuando las aguas vierten en la vía pública. El destino de ésta no lo impide, antes está llamada á facilitar el desagüe de los edificios. No insistimos, porque muchas de las consideraciones hechas al hablar del art. 582 tienen aplicación en este caso. La forma y modo cómo las aguas de los techos deben caer sobre la vía pública, especialmente en las poblaciones, están sometidos á las ordenanzas municipales.

Derechos del dueño del predio sirviente en el supuesto de la existencia de una servidumbre de vertiente de los tejados.—La prohibición del art. 587 cesa cuando el dueño del edificio ha adquirido por título ó por prescripción la servidumbre—voluntaria y no legal en todo caso—de vertiente de los tejados: *stillicidii vel fluminis recipiendi.* No se trata, pues, en el art. 587, de una servidumbre legal, sino del supuesto de una servidumbre voluntaria preestablecida, regulando el derecho del predio sirviente, naturalmente para *el caso en que el título* ó el *modo posesorio*—prescripción de la referida servidumbre—no hubieran previsto la manera cómo éste gravará al dueño de dicho predio sirviente. El principio á que el artículo responde está comprendido, como advierte un tratadista, en la regla general de que todo dueño de predio

sirviente puede, respetando la servidumbre, ejecutar las obras que considere convenientes para que la servidumbre sea menos gravosa; principio derivado del art. 545 del Código civil.

Realmente no era absolutamente necesario el art. 587, pues el derecho que en él se reconoce está comprendido con exceso en el citado art. 545, y además, se trata de un derecho dominical, pues la servidumbre ha de entenderse que grava sólo hasta donde *la necesidad jurídica* que la impone exige, pero no más. Si el ejercicio del derecho dominical—elevar su edificio el propietario—no impide la servidumbre, aun cuando la modifique, si lo hace sin perjuicio del predio dominante, claro es que tal ejercicio es perfectamente legítimo.

De la servidumbre de desagüe según el art. 588.—La verdadera servidumbre *legal* de desagüe en esta sección, está comprendida y establecida en el art. 588. Trátase, en efecto, de una servidumbre que se impone forzosamente por razones análogas á la de paso: así como un predio aislado exige el paso para que su destino económico sea posible, así el patio ó corral de una casa en donde se recogen las aguas pluviales que no tienen salida por la casa misma, exige el desagüe á través del predio interpuesto entre la vía pública y aquél. En cierto sentido es éste un modo de gozar y de sufrir la servidumbre de aguas, derivado de la situación de los lugares, aunque no sea una situación completamente natural.

El artículo habla concretamente de patio ó corral de una casa; pero claro es que no alude exclusivamente y de un modo estricto á éstos, y que, por tanto, la servidumbre puede imponerse también en beneficio de un jardín ó de un huerto colocado en las condiciones del art. 588.

Para la imposición de la servidumbre de desagüe es preciso tener en cuenta lo siguiente:

1.° Que el corral ó patio de la casa se halle enclavado entre otros, no siendo posible dar salida á las aguas de las lluvias—y sólo de las lluvias, no, por ejemplo, de una industria,—que en él caigan directamente ó de la casa misma.

2.° Que la salida ó desagüe ha de darse: *a)* por el punto más

fácil, y *b)* estableciendo el conducto de salida en la forma que menos perjuicios ocasione al predio sirviente.

3.° Que ha de preceder la correspondiente indemnización.

Las obras han de hacerse á costa del dueño del predio dominante según las exigencias ordinarias de la servidumbre, pudiendo el dueño del sirviente hacer todas aquellas obras de defensa y aprovechamiento de su propiedad que no impidan el uso normal de la servidumbre.

SECCIÓN SÉPTIMA

DE LAS DISTANCIAS Y OBRAS INTERMEDIAS PARA CIERTAS CONSTRUCCIONES Y PLANTACIONES

Los cinco artículos de esta sección contienen disposiciones que implican limitaciones impuestas al uso y destino económico que el propietario quiere dar á su fundo. En definitiva, trátase en todos de que el dueño de un terreno situado en ciertas circunstancias, frente ó al lado de otros en determinadas condiciones, no pueda *disfrutar* del *vuelo*, del *aire*, del *espacio libre*, en suma, en razón, bien sea del interés público nacional (art. 589), bien sea del respeto debido al interés privado de las construcciones (artículo 590), ó simplemente de las heredades contiguas (arts. 591 á 593). Considerando las referidas disposiciones desde el punto de vista de lo que se prohibe, los cinco artículos se distinguen, porque en el 589 se alude á plantación y edificación, en el 590 á ciertas obras, y en los 591 á 593 á las plantaciones y uso de éstas. El carácter común que comprende y en cierto modo implica esta sección, es el de que la prohibición se refiere á la *distancia*—no puede hacerse esto ó lo otro,—edificio, plantación, etc., en determinado sitio—todos los artículos, hasta el 593, coinciden en esto, —ó á tal distancia—especialmente los artículos 589 á 597, debiendo tener en cuenta que los arts. 592 y 593 son desarrollo del principio contenido en el art. 591, por lo que se justifica cumplidamente el que el legislador le haya incluído en esta sección 7.ª

En general, las disposiciones capitales de esta sección (arts. 589,

590 y 591), son de índole especialísima: no desarrollan una doctrina legal por sí mismas: sientan en principio la prohibición que implica la servidumbre, dejando á leyes, reglamentos, usos y costumbres su ulterior desarrollo jurídico.

ARTÍCULO 589

No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes ó fortalezas sin sujetarse á las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia.

Antecedentes.—Advertiremos ante todo, para fijar adecuadamente los antecedentes del principio de este artículo, que reproduce los arts. 522 del proyecto de 1851 y 594 del de 1882. Los antecedentes legales son en cierto modo remotos é inmediatos, con la particularidad de que éstos entrañan el antecedente concreto del principio del art. 589—la prohibición de edificar y demás;—pero al propio tiempo completan su aplicación y desarrollo, toda vez que se trata de las leyes, ordenanzas y reglamentos aun hoy vigentes, y mantenidos como tales por el mismo art. 589. En la ley 9.ª del tít. 10, *De ædificiis privatis*, libro 8.° del código Justiniano, y sobre todo en la 12, encontramos la doctrina legal de la prohibición de que tratamos, que ha servido de fuente para las leyes 22 y 24 del tít. 32 de la Partida 3.ª, según las cuales era preciso dejar quince pies entre el nuevo edificio y el muro ó castillo; leyes que, con la 1.ª del tít. 1.°, libro 6.° de la Novísima Recopilación, se pueden estimar como el antecedente específico legal del artículo 589.

Este artículo concuerda con los arts. 1266 del código de Guatemala y 1121 del de Méjico.

Explicación.—El art. 589 en sí mismo permite muy escaso comentario. Limítase á traer al Código civil un precepto general prohibitivo que implica una servidumbre impuesta en beneficio del Estado; precepto contenido en disposiciones de otro carácter an-

teriores al Código y declaradas por él vigentes. El Código prohibe edificar y plantar cerca de plazas fuertes y fortalezas sin sujetarse á las *condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia*. Lo que se persigue con esta prohibición es condicionar adecuadamente el destino nacional á que están dedicadas las plazas fuertes y las fortalezas, en virtud de las exigencias técnicas de la defensa militar. La interpretación directa del artículo sólo pide de un lado el supuesto de lo que sean plazas fuertes y fortalezas: su desarrollo práctico corresponde á la legislación especial de carácter administrativo militar, en que se regula todo lo concerniente á la manera de hacer efectiva la servidumbre de distancias en beneficio del Estado.

La legislación especial es bastante numerosa. Son, en efecto, fuentes legales consultables: el art. 10 del tít. 2.°, tratado 6.° de las ordenanzas militares; las Reales órdenes de 12 de Agosto de 1790, 26 de Agosto de 1806, 24 de Febrero de 1815, 2 de Noviembre de 1834, 13 de Febrero de 1845, 3 de Diciembre de 1847, 3 de Noviembre de 1848, 28 de Mayo de 1850 y 18 de Septiembre de 1856; reglamento de 13 de Julio de 1863; Reales órdenes de 22 de Marzo de 1875, 22 de Diciembre de 1876; reglamento de 22 de Diciembre de 1880; Real decreto de 10 de Marzo de 1881; teniendo un carácter complementario el Real decreto de 17 de Marzo de 1891 con la Real orden de 30 de Septiembre del mismo año.

Lo fundamental de toda esta legislación para determinar el alcance é importancia de la servidumbre del art. 589, es lo siguiente:

1.° Para el servicio de las defensas del Estado se fija la existencia de una zona militar, con arreglo á ordenanzas, desde el último punto de las plazas fuertes y fortalezas y alrededor de ellas de 1.500 varas, que es, en rigor, lo sometido á los efectos de la servidumbre de que hablamos, aunque no por igual.

2.° Esta zona se divide en otras tres de 500: división que escalona de más á menos el gravamen de la prohibición.

3.° En la primera parte de la zona queda prohibida toda cons-

trucción y plantación; en la segunda, con permiso de la autoridad militar, y con arreglo á lo dispuesto en la Real orden de 13 de Febrero de 1845, se podrán levantar edificios de un piso, cuyos materiales sean madera ó hierro con un friso de mampostería de dos pies de altura; en la tercera, cabe edificar casas de un solo piso, pilares de mampostería y muros, siempre que no tengan más de medio pie de anchura.

4.° Las obras de conservación y entretenimiento pueden hacerse con autorización del comandante jefe del cuerpo de ejército respectivo, sin que estas autorizaciones puedan considerarse como meros títulos de posesión en favor de los propietarios, no pudiendo además modificar en manera alguna, según dice la regla 6.ª de la Real orden citada, las cláusulas particulares á que se haya sujetado la construcción de los edificios en un principio.

Lo más importante en cuanto á la regulación particular de la servidumbre de que acabamos de hablar, puede verse en las Reales órdenes de 13 de Febrero de 1845 y 16 de Septiembre de 1856.

Los principios formulados por la legislación y que acabamos de exponer, tanto en lo relativo á las facultades de la jurisdicción militar, cuanto á las condiciones de las edificaciones *permitidas* y *fraudulentas* en la zona militar, hállanse confirmados por la jurisprudencia. Pueden verse, entre otras, las sentencias de 27 de Febrero de 1877 y 20 de Mayo de 1880.

ARTÍCULO 590

Nadie podrá construir cerca de una pared ajena ó medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, ó fábricas que por sí mismas ó por sus productos sean peligrosas ó nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, á las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

A falta de reglamento se tomarán las precauciones

que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, á fin de evitar todo daño á las heredades ó edificios vecinos.

Antecedentes.—Reproduce el art. 590, con algunas variantes, el art. 525 del proyecto de 1851 y el 592 del de 1882.

La doctrina formulada en el referido art. 590 remóntase al Digesto. En efecto, la ley 13, tít. 2.° del libro 8.° prohibe arrimar á la pared común todo lo que pueda quemarla ó tostarla: la 19, los acueductos; la 17 del tít. 5.° del mismo libro, los estercoleros; la 24, párrafo 12, tít. 2.°, libro 39, refiriéndose á la apertura de pozo en una casa, aun cuando sea cortando las aguas del vecino, advierte *quia jure meo usus sum*: con tal de que *non tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non posset.* La ley 27, párrafo 10, tít. 2.° del libro 9.°, refiérese á los hornos y hogares. Las leyes de Partida (19, tít. 32 de la Partida 3.ª) copian la doctrina romana en cuanto á los pozos. Los antecedentes más inmediatos del principio prohibitivo ó limitativo los encontramos en las leyes recopiladas, con relación especial á las industrias incómodas ó peligrosas é insalubres (véanse, por ejemplo, las leyes 1.ª, tít. 3.° del libro 1.°; 5.ª, tít. 4.° del libro 3.°, y 5.ª, 8.ª, 9.ª, 10 y 11 del título 19 del libro 8.° de la Novísima Recopilación).

Concuerda el art. 590 con los arts. 674 de los códigos francés y belga, 573, 574 y 577 del código italiano, 462 á 465 del de Vaud, 2338 del portugués, 850 del de Chile, 1268 del de Guatemala, 574 del de Uruguay y 1123 del de Méjico.

Comentario.—El comentario de este art. 590 puede dividirse en dos partes: una, comprensiva de ciertas cuestiones *generales* de interpretación de *todo* el artículo, y otra, *especiales* á las diferentes y variadísimas materias á que nominalmente se refiere en la indicación de las diferentes obras no consentidas de un modo normal, y que exigen para su recta solución el complemento de otras disposiciones del derecho escrito y no escrito.

Empezaremos por las generales. El art. 590 limítase, en rigor, á señalar una prohibición impuesta al ejercicio libre de la propie-

dad, cuyos antecedentes están definidos en el art. 350 del mismo cuerpo legal; la prohibición recae sobre la facultad de dar á los predios el destino económico apropiado, y de usar de ellos á fin de beneficiarse de todos los aprovechamientos de que son capaces; todo en virtud del respeto debido á un derecho que se estima preferente. Aun cuando el Código agrupa bajo un mismo concepto limitativo los usos y aprovechamientos sobre que recae la prohibición legal, no es siempre el mismo el motivo á que ésta y las limitaciones que entraña obedecen. Respecto de ciertas obras—pozos, cloacas y acueductos,—el motivo está directamente en el interés privado del dueño del predio dominante, mientras respecto de otras—hornos, fábricas, etc.,—el motivo no es directamente sólo el interés privado, sino que media también el interés público de seguridad general—salubridad, seguridad en sentido estricto.—En este punto parece más explícito y más lógico el código italiano, que somete á reglas distintas las obras en que se puede perjudicar el interés privado, y aquellas en que el peligro puede ser para la comunidad social.

Y cuenta que no tiene esta distinción un interés puramente teórico y sistemático: muy al contrario, puede plantearse respecto de la aplicación del art. 590 una cuestión, que debe ser resuelta teniendo presente aquella distinción. En efecto: las garantías de seguridad, las condiciones favorables á la comodidad, que la prohibición del art. 590 entraña, ¿son renunciables? ¿Puede el dueño del predio dominante renunciar ó atenuar el gravamen de la servidumbre de distancias? Desde luego se comprende que según sean las obras. Si son obras—apertura de un pozo de agua viva, paso de un acueducto—de las que sólo pueden lesionar un interés privado, en cuanto lo lesionan, el dueño del predio sirviente puede renunciar á la garantía legal y consentir en gran medida lo que el Código prohibe. En cambio, cuando se trate de obras que entrañan un peligro general, el dueño del predio á quien inmediatamente afectan, no puede renunciar á las servidumbres, y aunque renuncie, su renuncia será ineficaz. «Adviértase, dice Goyena, que cuando alguna de esas servidumbres—las del art. 525

del proyecto de 1851 ó sea las del 590 del Código—tienen por objeto la utilidad pública ó comunal, como evitar la insalubridad, los incendios, de nada servirán las renuncias y pactos particulares contra ellas, porque: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest»* (1).

La prohibición del art. 590 se refiere lo mismo á la pared ajena que á la común, por ser, en cuanto á esta última, contrario al uso y aprovechamiento de la comunidad, el aprovechamiento exclusivo del muro en beneficio de uno de los partícipes. Por pared, aquí, no se entiende sólo lo que se eleva sobre el suelo, sino también lo subterráneo. Por otra parte, la prohibición no recae meramente sobre la distancia á que la obra se puede hacer, ni en atención al peligro de la obra como tal, sino que se refiere á las condiciones en que ha de hacerse aquélla, y á sus consecuencias, nocivas. Dado este concepto del motivo general de la limitación, no se encuentra ésta formulada con toda la extensión debida en el artículo 590; así, por ejemplo, no comprende las limitaciones impuestas á ciertas obras sin atender á si los predios están ó no abiertos: nos referimos á las que se imponen á ciertas fabricaciones en beneficio de la agricultura.

El mecanismo jurídico del art. 590 es el siguiente: 1.°, prohibición de construir cerca de pared ajena ó medianera, las obras que dice: sino á cierta distancia *que no fija;* 2.°, determinación de ésta con arreglo á los reglamentos ó usos del lugar, si los hubiere; 3.°, necesidad de ejecutar la obra según esos reglamentos en cuanto á las condiciones exigidas para la seguridad; 4.°, fijación, á falta de éstos, de dichas condiciones según dictamen pericial, y para que no se produzcan daños en las heredades ó edificios vecinos.

Ahora bien: en el supuesto de que el que emprende una obra de las comprendidas en el art. 590, lo hiciese sin sujetarse á los preceptos legales—reglamentos ó usos,—el dueño del predio sirviente podrá oponerse, y si aquél hubiere ocasionado daño ó per-

---

(1) Obra citada, tomo 1.°, pág. 453.

juicio, se procederá de acuerdo con los artículos 1901, 1908 y 1909 del Código civil.

Y llegamos á la parte especial y complementaria del art. 590. La reglamentación de cada una de las obras á que éste se refiere, constituye parte de las diferentes ramas de la policía administrativa, bien sea *edilicia, municipal, urbana* y *rural*—pozos, cloacas, acueductos, hornos, etc.,—bien de salubridad—depósitos de ciertas materias y fábricas,—bien de seguridad—hornos, fábricas, etc.—Realmente, el desarrollo del principio sustantivo del art. 590, forma una de las materias más importantes del derecho administrativo (1). Y cuenta que no está nuestro derecho administrativo muy completo en este punto. Hay en él pocas disposiciones de carácter general como leyes, reglamentos, etc.; la mayor parte hállanse en las ordenanzas municipales y en los usos locales. Una brevísima indicación respecto de cada una de las obras á que se refiere el artículo 590, demostrará lo que decimos.

1.º *Pozos.*—En cuanto al caso concreto de la servidumbre de distancia del art. 590, nada hay dispuesto en general. Lo que las ordenanzas digan eso vale, y si no habrá de procederse según el párrafo último del referido artículo. Con relación á las demás condiciones de los pozos, rigen, si son ordinarios, los artículos 19 y 20 de la ley de Aguas de 1879; si son artesianos ó con galerías, los artículos 21 á 27 de la misma ley.

2.º *Cloacas.*—No hay ley. El desagüe de las aguas sucias ha de hacerse con arreglo á las ordenanzas municipales.

3.º *Acueductos.*—No hay disposición legal ni reglamentaria en cuanto á la distancia. Rigen, por lo demás, los artículos 83, 86, 93 y 96 de la ley de Aguas. Debe verse también el art. 101 de la misma ley, según el cual: «la servidumbre urbana de acueducto, canal, puente, cloaca..., establecida para el servicio público y *privado* de las poblaciones, *edificios...*, se regirá por las ordenanzas generales y locales de policía urbana».

---

(1) Santamaría, *Derecho administrativo*; Posada, *Derecho administrativo*, tomo 2.º

4.° *Hornos.*—No hay una reglamentación uniforme. Rigen para los de cal y ladrillo la ley 10, tít. 19, libro 3.° de la Novísima Recopilación y la Real orden de 19 de Junio de 1861. La jurisprudencia ha confirmado el valor jurídico positivo de las ordenanzas municipales (véase sentencia del Tribunal Supremo de 1.° de Abril de 1881).

5.° *Fraguas.*—Las ordenanzas municipales.

6.° *Chimeneas.*—Idem.

7.° *Establos.*—Reglamento de 8 de Agosto de 1867.

8.° *Depósitos de materias corrosivas.*—Las ordenanzas, y Reales órdenes de 11 de Enero de 1865 y 7 de Octubre de 1886.

9.° *Artefactos de vapor y fábricas* (industrias insalubres y peligrosas).—En las ordenanzas municipales suele tratarse este punto con detenimiento. Merecen especial mención las de Barcelona. Pueden verse también las de Oviedo (véanse las Reales órdenes de 11 de Enero de 1865, sobre fábricas de pólvora y depósitos de esta materia, y de 7 de Octubre de 1886 y 14 de Julio de 1894, sobre materias explosivas). Esta materia tiene íntimo enlace con las relativas á establecimientos insalubres—mataderos y demás—y con la policía sanitaria de cementerios.

ARTÍCULO 591

No se podrá plantar árboles cerca de una heredad ajena sino á la distancia autorizada por las ordenanzas ó la costumbre del lugar, y en su defecto, á la de dos metros de la línea divisoria de las heredades si la plantación se hace de árboles altos, y á la de 50 centímetros si la plantación es de arbustos ó árboles bajos.

Todo propietario tiene derecho á pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantaren á menor distancia de su heredad.

ARTÍCULO 592

Si las ramas de algunos árboles se extendieren sobre una heredad, jardines ó patios vecinos, tendrá el

dueño de éstos derecho á reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y, si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad.

ARTÍCULO 593

Los árboles existentes en un seto vivo medianero se presumen también medianeros, y cualquiera de los dueños tiene derecho á exigir su derribo.

Exceptúanse los árboles que sirvan de mojones, los cuales no podrán arrancarse sino de común acuerdo entre los colindantes.

PLANTACIONES. Agrupamos estos tres artículos en un solo comentario, porque en rigor se refieren los tres á un mismo punto: la ordenación adecuada de las plantaciones en ó cerca de los linderos de los fundos. No resulta de un modo expreso y claro en los tres artículos la relación de servidumbre legal á que respectivamente aluden, por lo que ha merecido censuras el Código de parte de algunos comentaristas, los cuales opinan que, sobre todo el art. 593, debiera de estar colocado en otra sección; el código italiano lo coloca en la de medianería. Pero en realidad, los tres artículos se refieren á servidumbres y el objeto que en las servidumbres se pone, es el derecho relativo á las plantaciones. En el artículo 591, la servidumbre es clara: una servidumbre negativa de distancias: *no se podrá plantar árboles cerca de una heredad ajena....* En el 592 no está tan clara; pero el Código la ve en la limitación que al disfrute del árbol propio y en terreno propio impone el derecho reconocido al vecino por dicho art. 592. En el 593 es menos clara aún; pero sin duda el Código estima limitación de goce en beneficio de predio ajeno, la forma imperativa bajo que permite disolver la comunidad.

Antecedentes.—La doctrina general implícita en estos artículos

tiene antecedentes en varias disposiciones romanas: entre otras, pueden citarse las leyes 13, tít. 1.°, libro 7.°; 1.ª, párrafo 2.°, título 27, libro 43; 7.ª, tít. 1.°, libro 41; 8.ª y 9.ª, tít. 2.°, libro 41 del Digesto, y párrafo 31, tít. 1.°, libro 2.° Inst. Análoga doctrina tenemos en las leyes 28, tít. 15, Partida 7.ª, y 43, tít. 28, Partida 3.ª

El art. 594 es análogo al 526 del proyecto de 1851 y al 596 del de 1882; el 592 es igual al 527 del primero y 599 del segundo, y el 593 es en su primer párrafo casi igual al art. 528 del proyecto de 1851 é igual al 600 del de 1882. Este, como el art. 593 del Código, añadieron, tomándolo del art. 590 del código sardo, el párrafo segundo.

Concordancias.—Con los códigos extranjeros tenemos, entre otras, las que siguen: el art. 591 concuerda con el 671 de los códigos francés y belga, 579 y 581 del italiano, 2317 del portugués—que mantiene doctrina muy distinta,—1269 del de Guatemala, 1124 del de Méjico, etc.: el art. 592 concuerda con el 672 de los códigos francés y belga, 582 del italiano, 714 del holandés, 1231 del de Guatemala, 1126 del de Méjico; y el art. 593, con el 673 del francés, 569 del italiano, 710 del holandés, 660 del de Vaud, 1272 del guatemalteco, 859 del chileno, y 1127 del mejicano.

Comentario.—La limitación impuesta por el art. 591 al disfrute de las plantaciones que el propietario puede hacer en un predio, tiene su motivo en la naturaleza misma de los árboles, cuyas raíces y ramas, al extenderse por terreno ó vuelo ajeno, vienen á cercenar los usos y aprovechamientos legítimos á que el dueño de éste tiene derecho: realmente, tal limitación impide un verdadero ataque á la propiedad.

La disposición del art. 591, aun cuando en sí misma es sustantiva, tiene en el desarrollo dado un carácter *supletorio* y atiende sólo *al porvenir*. En efecto, teniendo en cuenta el legislador que la fijación única y uniforme de las distancias prohibitivas, entrañaría quizá una disposición arbitraria, porque tales distancias pueden variar según la naturaleza del suelo, de los productos, del clima, etcétera, ha resuelto, en primer término, se esté á las ordenanzas y

costumbres del lugar, y que solo en defecto de estas se aplique la distancia del art. 591. Y téngase presente que no se trata en las distancias fijadas por éste de máximo ó mínimo que se hayan impuesto para modificar en un sentido ó en otro aquéllas, sino que si las ordenanzas disponen una distancia menor ó mayor, valdrá tal y como la disponen.

Que el Código habla para lo porvenir, esto es, que sus preceptos sólo se aplican á las plantaciones que se hagan á partir de 1.º de Mayo de 1889—fecha del Código;—infiérese del segundo párrafo del art. 591, el cual habla de los árboles que *en adelante* se plantasen (1).

El Código fija las distancias supletorias atendiendo á la naturaleza de los árboles y distingue según que se trate de *árboles altos*—la distancia de la línea divisoria y el árbol será de dos metros —ó de *arbustos ó de árboles bajos*—la distancia indicada será de 50 centímetros.—El Código ha seguido en esto al de Napoleón, dando así lugar á una cuestión, que se hubiera evitado adoptando el criterio más claro del código italiano. En efecto, ¿qué debemos entender por árboles altos? ¿cuándo se reputará que un árbol es alto y cuándo que es bajo? El código italiano en su art. 579 lo dice: distingue tres clases, que designa *demostrativamente*. En el nuestro, en primer lugar, podrá discutirse si bastará para que un árbol se conceptúe bajo que el dueño lo pode, impidiéndole alcanzar una regular altura: la condición del desarrollo del árbol en lo que puede dañar al predio del vecino, que se verifica, no sólo por el *vuelo*, sino por el *suelo*, mediante las raíces, es lo que desde luego nos inclina á pensar que el que un árbol se estime para los efectos del Código como *alto ó bajo*, no puede depender sino de *su naturaleza* misma, nunca del hecho del cultivo artificial (2). Pero, ¿cuándo diremos que un árbol es *naturalmente alto ó bajo*? No hay regla posible: la

---

(1) Sánchez Román, obra citada, tomo 3.º, pág. 643.

(2) Véase Pacifici-Mazzoni, obra citada, § 628; Navarro Amandi, obra citada, pág. 335; Sánchez Román, obra citada, tomo 3.º, pág. 643.

cuestión tendrá que resolverse en caso de duda pericialmente, si las partes no llegasen á un acuerdo.

Aunque el Códígo habla de *plantar* árboles, teniendo en cuenta el *motivo* de la limitación, creemos que las distancias deben ser obligatorias cuando se trate de árboles ó arbustos nacidos espontáneamente (1).

En las palabras *heredad ajena*, debe comprenderse todo fundo, sea cual fuere su destino, trátese de bosque, huerta, jardín, casa, etc.: las distancias se imponen para evitar daños que los árboles causen, sea cual fuere el destino de la heredad lindante (2).

¿Y cómo se medirá la distancia? Se ha discutido esto. Unos, con Demolombe, opinan que desde la cara anterior del árbol á la línea divisoria. Otros, con Aubry y Rau y Pacifici-Mazzoni, opinan que desde el centro del árbol. Esta opinión es la más razonable, pues de seguir la primera, se pondría un punto variable y no un punto fijo, como es natural (3).

La efectividad de la limitación impuesta en el art. 591 está en el último párrafo. «Todo propietario—naturalmente, el usufructuario, el enfiteuta y el usuario—tiene derecho á pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantasen á menor distancia de su heredad.» Este derecho es absoluto; el árbol ha de estar más allá de la distancia, y si el propietario se negase á arrancarlo, podrá el reclamante acudir por vía de interdicto. Pero este derecho no puede hacerse efectivo, si el propietario del árbol ó árboles plantados á menor distancia hubiesen ganado por prescripción el derecho á tenerlos allí; prescripción que comenzará á correr desde el día en que los árboles fuesen plantados. Ahora, el propietario que hubiese ganado por prescripción ese derecho á tener sus árboles dentro de las distancias legales, ¿podrá sustituír los plantados y prescritos por otros nuevos? En modo alguno. Según Aubry

---

(1) Pacifici, loc. cit.

(2) Pacifici, loc. cit., § 360; Sánchez Román, loc. cit., tomo 3.°, pág. 643.

(3) Véase, Demolombe, tomo 11, pág. 496; Aubry y Rau, tomo 2.°, página 189; Laurent, tomo 8.°, pág. 8.ª; Pacifici, loc. cit. § 631.

y Rau, la prescripción tiene como sujeto activo *tales* árboles y no el derecho á plantar arboles; en su virtud, el propietario de la heredad lindante tiene vivo el derecho que le concede el art. 591 contra todo árbol que no sea el prescrito.

El art. 592 faculta al dueño de heredad, patio ó jardín, para reclamar que se corten las ramas de los árboles plantados en la heredad vecina que se extiendan sobre su propiedad, y para cortar por sí mismo las raíces de los árboles vecinos que penetren por su suelo. Sin fijarse en el carácter de absoluta generalidad de este artículo, algunos proponen la cuestión de si el Código se referirá sólo á los árboles que estuviesen plantados fuera de la distancia legal, ó si se referirá también á aquellos que por título ó prescripción estuviesen plantados sin guardar las distancias legales. Realmente, el artículo se refiere á todos los casos posibles, lo mismo al caso más fácil del árbol contiguo, que al del plantado á más de dos metros ó de los 50 centímetros.

El art. 592 establece una distinción en cuanto al modo de proceder el dueño de la heredad perjudicada por los árboles, según que se trate de cortar las ramas ó de cortar las raíces. Comentarista hay que no sabe explicarse esta distinción. Pero, como advierte Pacifici Mazzoni, «la razón de la diferencia está en que la corta de las ramas procura un beneficio al propietario, é importa que se haga según arte para que el árbol no resulte perjudicado; las ramas además son siempre una propiedad distinta y definida del dueño del árbol: motivos los dos primeros que no valen respecto de las raíces, las cuales interesa de un modo perentorio cortar al dueño del fundo por donde se extiendan: las raíces, en rigor, se convierten en cierto sentido y por derecho de accesión en propiedad del dueño del fundo en que se introducen» (1).

¿Puede un propietario adquirir el derecho á que las ramas de los árboles de su heredad—y las raíces—se extiendan sobre la propiedad vecina? (2). Nadie vacila en la afirmativa cuando se

---

(1) Obra citada, § 639.

(2) Navarro Amandi, obra citada, tomo 2.°, pág. 336.

trata de convenio. ¿Pero no podrá ocurrir lo mismo por prescripción? La solución en este caso se discute muchísimo. Realmente, del texto del art. 592 parece inferirse que el propietario que no hace uso del derecho que le concede, no *cede* su derecho, sino que *tolera* el uso del vecino. La opinión más general, casi unánime, inclínase á conceptuar como imprescriptible el derecho del artículo 593. Lo indudable es que la prescripción vale cuando mediare acto obstativo de oposición abierta (1). Lo que es imprescriptible de un modo absoluto es el derecho á cortar las raíces (2).

Los árboles existentes en un seto vivo medianero se presumen medianeros, como el suelo en que nacen. He ahí el fundamento de esta comunidad. Por supuesto, aun cuando el Código habla de árboles en seto vivo, la misma presunción vale respecto de árboles plantados en la línea divisoria de demarcación: sólo hay una diferencia, y es que, en el primer caso, basta que el árbol esté en el seto, y en el segundo ha de estar en la misma línea de demarcación.

El art. 593 concede á cualquiera de los dueños el derecho á exigir el derribo de los árboles medianeros: aquí está la servidumbre: se trata de una comunidad que se resuelve imponiendo en favor del predio ajeno—derribar los árboles—una carga—se tiene que consentir el derribo.—Y este derecho es un derecho absoluto é imprescriptible.

Si las dos propiedades, antes de ser de dos dueños distintos, fuesen de un solo dueño, el que hubiese comprado una de ellas, ¿tendrá el derecho á que se refiere el art. 593? Sin duda, porque lo que ha dado vida á la copropiedad de los árboles es la división de los fundos.

El derecho del referido artículo tiene, sin embargo, una excepción que nuestros legisladores tomaron del código sardo, á saber: no se pueden derribar, sino de común acuerdo, los árboles que sirvan de mojones, en justo respeto al derecho que todo propietario tiene á amojonar y delimitar su finca.

---

(1) Navarro Amandi, obra citada, pág. 337; Pacifici, obra citada, § 640.
(2) Pacifici, obra citada, § 640.

CAPÍTULO III

De las servidumbres voluntarias.

Simplificada la materia relativa á la constitución de las servidumbres por el art. 536, según el cual aquéllas se establecen ó por la ley ó por la voluntad de los propietarios, el legislador, después de haber regulado los principios comunes á todas las servidumbres, y de haber ordenado lo tocante á las servidumbres legales, pasa á tratar de las servidumbres voluntarias. Pero no ha de conceptuarse este capítulo de las servidumbres voluntarias como un tratado legal completo de la materia. Nuestro Código ha seguido en este punto un criterio distinto al de otros—el francés y el italiano, por ejemplo,—que estiman la mayor parte de las reglas formuladas por el nuestro en el capítulo de *las servidumbres en general*, como reglas de las servidumbres voluntarias. Realmente, el Código español, obrando acaso con más lógica, reduce el capítulo de que tratamos á indicar los principios capitales de las servidumbres voluntarias, aparte de las disposiciones contenidas en el capítulo primero, que también les son aplicables, y á las cuales en definitiva remite aquél en caso necesario, por la referencia del art. 598.

Las disposiciones contenidas en el capítulo 3.°, relativas á las servidumbres voluntarias, pueden dividirse ó distinguirse en las siguientes formas: primero, en dos grupos: de un lado están los artículos 594 á 599, referentes directamente al *régimen jurídico* de las servidumbres voluntarias; de otro están los artículos 600 á 604, referentes á ciertas formas de comunidad de aprovechamientos—de pastos, y por analogía, de leñas, y en general, de los productos de los montes.—En el primer grupo, el Código determina: 1.°, el *origen voluntario* de las servidumbres (art. 594); 2.°, el límite de la voluntad con relación á su establecimiento (ídem); 3.°, por quiénes,

en qué tanto y cómo pueden aquellas establecerse (arts. 594, 595, 596 y 597); 4.º, el régimen jurídico especial del *contenido* de la relación de servidumbres (art. 598), y 5.º, un caso excepcional de extinción necesaria de una servidumbre voluntaria (art. 599). En el segundo grupo, el Código: 1.º, regula el límite de la voluntad en la constitución de la comunidad de pastos, señalando su régimen (artículo 600); 2.º, determina la ley que rige esta comunidad cuando recayere en terrenos públicos (art. 601); 3.º, fija los modos de extinguirla (arts. 602 y 603), y 4.º, hace aplicación extensiva de sus disposiciones á otras formas de comunidad de aprovechamientos (art. 604).

ARTÍCULO 594

Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga á las leyes ni al orden público.

Antecedentes.—El art. 536 del proyecto de 1851, de donde procede este art. 594, no contiene la última parte: salvedad de las leyes y del orden público, añadida por el 598 del proyecto de 1882. En rigor, la salvedad no hacía falta. El derecho positivo la presupone y va implícita en el art. 348, que define el derecho de propiedad, del que la facultad del art. 594 no es más que una consecuencia. Este art. 594 contiene el principio más capital de la materia: de él arrancan las servidumbres voluntarias. En el derecho patrio anterior encontramos como antecedente definido la ley 10, tít. 31 de la Partida 3.ª También puede estimarse precedente aclaratorio la ley 11 del mismo título y Partida, como luego veremos. Pero el artículo 594 ha venido á simplificar y reducir á concepto unitario la ley 14 del mismo título y Partida.

Concordancias.—El art. 594 concuerda con el art. 686 de los códigos francés y belga, 616 del italiano, 477 del de Vaud, 880 del de Chile, 1280 del de Guatemala, 1135 del de Méjico, 583 del

de Uruguay. Las concordancias, sin embargo, no son literales. El principio fundamental lo formulan algunos códigos (francés é italiano, por ejemplo), señalando el carácter predial de las servidumbres con mayor precisión que el español. Otros formulan también el derecho del propietario á adquirir las servidumbres.

ARTICULO 595

El que tenga la propiedad de una finca, cuyo usufructo pertenezca á otro, podrá imponer sobre ella, sin el consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen al derecho del usufructo.

Antecedentes y concordancias.—No tiene este artículo directos antecedentes. Dice la ley 15, tít. 1.° del libro 7.° del Digesto: *nec servitutem imponere fundum proprietarius potest, nec amittere servitutem.* Ha de ponerse este artículo en concordancia con el 489 del Código civil. El art. 595 debe estar tomado del 635 del código italiano, con el cual concuerda literalmente.

ARTICULO 596

Cuando pertenezca á una persona el dominio directo de una finca y á otra el dominio útil, no podrá establecerse sobre ella servidumbre voluntaria perpetua sin el consentimiento de ambos dueños.

Antecedentes.—No los tiene. La doctrina jurídica anterior al Código parecía ser lo contrario. Dedúcese de las leyes de Partida (29, tít. 8.°, Partida 3.ª). Interpretando el Sr. Goyena el art. 536 del proyecto de 1851, afirmaba que el dueño del *útil* podrá gravar la finca, porque puede enajenarla (ley 3.ª, tít. 66, libro 4.° del código Justinianeo). Ya veremos que la consecuencia no es enteramente lógica.

ARTÍCULO 597

Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes ó comuneros.

Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y á sus sucesores, aunque lo sean á título particular, á no impedir el ejercicio del derecho concedido.

Antecedentes.—Los proyectos de 1851 y 1882 no tienen una disposición análoga. En el antiguo derecho debe citarse como antecedente muy directo la ley 10 del tít. 21 de la Partida 3.ª

Concuerda este artículo con el 636 del código italiano, 590 del de Uruguay, 1482 del de Guatemala y 1137 del de Méjico.

Comentario.—El principio del art. 594 es una consecuencia natural y necesaria del contenido del derecho de propiedad, según el art. 348: nace la facultad que aquél reconoce al propietario, de las condiciones intrínsecas de la propiedad de una finca, en cuanto implica esta un conjunto de innumerables relaciones con la cosa, para obtener de ella todos los aprovechamientos de que es susceptible. No es, en verdad, la relación económica de propiedad con un inmueble, una relación simple é indivisible, sino compuesta y divisible en una porción indefinida de relaciones particulares de propiedad, cuya desintegración da vida á la copropiedad, al usufructo, á los censos, á las servidumbres, á los diferentes derechos reales, en suma, que son *reales* en lo que tienen de propiedad. Ahora bien: si el propietario, como tal, *puede* disponer, enajenar *su* propiedad *plena*, del propio modo y según el mismo principio puede enajenar uno ó varios usos ó aprovechamientos de los que integran la propiedad plena; enajenaciones éstas parciales que se traducen en limitaciones al total ejercicio de la función del propietario, y que

en determinadas condiciones, como es sabido, dan origen á las servidumbres: por eso se dice, con razón, que las servidumbres que la voluntad del hombre puede establecer sobre su finca, son innumerables, como innumerables son los usos ó aprovechamientos de que las cosas pueden ser susceptibles.

Según lo expuesto, para que se establezca una servidumbre voluntaria eficazmente sobre un predio, es preciso: 1.º, la condición de propietario en quien dispone parcialmente de la finca para limitar—gravar—esta finca; 2.º, que como propietario, goce de la capacidad actual necesaria para disponer de su propiedad; 3.º, que la limitación tenga el carácter de verdadera servidumbre y que ésta no sea contraria á las leyes ni al orden público.

El examen de estos requisitos, implica, después de todo, el comentario de los cuatro artículos copiados, especialmente en cuanto á la determinación de quién puede gravar el fundo con servidumbre, y correlativamente de quién puede aceptarla beneficiándose con el beneficio otorgado á su fundo dominante. Con objeto de poder estudiar este último punto, con relación á los casos explícitos del Código—la propiedad, el usufructo y la enfiteusis,—y á otros no explícitos, indicaremos antes los términos del último requisito señalado.

La limitación de la propiedad ha de tener verdadero carácter de servidumbre: esto es, siendo real, no importa la clase á que pertenezca—aparente, no aparente, continua, discontinua, etc.—En su virtud, para su establecimiento voluntario, es preciso: *a)* concurso de dos predios, uno de los cuales *sirve útilmente* al otro; *b)* que cada predio pertenezca á un dueño distinto; *c)* que se hallen en situación adecuada para que la servidumbre sea posible. La servidumbre no puede ser contraria á las leyes—ni hacía falta decirlo—ni al orden público; esto es, puede estar aquélla prohibida expresa ó implícitamente por la ley, ó bien ser contraria á las disposiciones generales que definen el criterio del legislador sobre la propiedad, y en este caso, no prevalece. Más aún: puede ocurrir que una servidumbre lícita y permitida en el momento de constituirse,

llegue á ser contraria al orden público, y entonces se extingue de un modo espontáneo (1).

Según se infiere del art. 594 en relación con el 348, no pueden imponer servidumbres reales sino los que tengan *simultáneamente* el *derecho* y la *capacidad* de enajenar la finca: pero no sólo quien tiene la propiedad pura y simple, sino también quien tiene un derecho suspenso por una condición resolutoria en determinados casos ó dependiente de título anulable; por supuesto, en esta hipótesis que indicamos, la servidumbre se extinguirá con la resolución, rescisión ó anulación del derecho del cedente.

En la definición del principio (art. 594) y en sus aplicaciones especiales expresas (arts. 595, 596 y 597), no se aclara suficientemente la condición activa de ciertas personas que por gozar de la *exterioridad de la propiedad* (2), parecen al pronto adornadas de las mismas facultades que el propietario, ya que á veces tienen á su favor las garantías protectoras de éste—los interdictos.—En su virtud, puede preguntarse: ¿el poseedor de buena ó de mala fe, tendrá derecho á imponer servidumbre á la finca poseída? En manera alguna, porque la cosa que posee no es *suya*, y por tanto, no puede enajenarla válidamente. El propietario verdadero, al reivindicar del poseedor su fundo, lo reivindica libre de la servidumbre que se le hubiera impuesto por éste, salvo la prescripción adquisitiva del dominio de la finca ó de la servidumbre. ¿Y el colono? Tampoco, por razones análogas. En este punto está terminante la interpretación dada á estos artículos por una resolución de la Dirección general de Gracia y Justicia del Ministerio de Ultramar de 18 de Febrero de 1893, en la cual se sustenta la doctrina de que los contratos para establecer servidumbres, sólo podrá celebrarlos *el dueño de la finca á que afecten activa ó pasivamente;* por tanto, ni el marido, como administrador de los bienes de su mujer, puede establecerlas por sí.

Veamos ahora los casos explícitamente resueltos por el Código.

---

(1) Ricci, obra citada, tomo 2.°, § 436.

(2) Ihering, *Fundamento de la protección posesoria*, passim.

Refiérese el primero, al propietario de una finca que estuviese en poder de otra persona en concepto de usufructo: el derecho de establecer servidumbre en aquélla llega hasta donde llega el ejercicio posible de su propiedad. En su virtud, *no puede*, sin el consentimiento del usufructuario—complemento de la propiedad plena,—imponer sino aquellas servidumbres *que no perjudiquen* al derecho del usufructuario; doctrina conforme con el art. 489 del Código civil. Así podrá el propietario imponer una servidumbre—*sin* el consentimiento del usufructuario—de *altius non tollendi* (véase el art. 467), pero no podrá imponer al fundo servidumbre de paso, acueducto, etc. Por su parte—diremos completando la materia,—el usufructuario no puede imponer servidumbres sobre el fundo usufructuado, porque no es propietario de él. Lo que sí puede hacer es *ceder* el disfrute de parte de su usufructo bajo la forma del ejercicio de una servidumbre, por ejemplo, permitir el paso por su finca á un colindante; pero téngase en cuenta que no impone servidumbre, sino que cede un derecho personal dentro de los límites del suyo, sin que pueda en modo alguno afectar al del dueño de la finca usufructuada.

El segundo caso refiérese al supuesto de la división del dominio en directo y útil, en rigor al censo enfitéutico (art. 1605 del Código civil). La solución del art. 596, en virtud de la que, cuando pertenezca á dos distintas personas el dominio útil y directo de una finca no podrá establecerse sobre ella servidumbre voluntaria *perpetua*, sin el consentimiento de ambos dueños, es una consecuencia del art. 594: ninguno de los dueños es el propietario de la finca en la medida y extensión que exige la imposición de una carga á perpetuidad. Pero del mismo texto se infiere que el dueño del útil podrá imponer á su finca servidumbres temporales, de conformidad con el carácter y extensión de su dominio y bajo las condiciones que impone el art. 1608 del Código civil y siempre con arreglo á los artículos 1633 y 1634 del mismo.

Y pasamos al último caso á que el Código se refiere (art. 597). Refiérese éste al supuesto de que una finca se encuentre proindiviso, esto es, á la finca tenida en copropiedad. El principio capital del

primer párrafo, consecuencia directa del art. 394 y del 594, es perfectamente razonable. La finca común proindiviso no es de ninguno de los partícipes, en particular; por tanto, aun cuando cada uno de éstos puede enajenar su cuota ó parte (art. 399), esta enajenación no es la de la finca, ni puede suponer el uso exclusivo de los aprovechamientos de que la finca es susceptible por uno de los copropietarios. Como la servidumbre no enajena una parte alícuota del fundo, sino que limita el goce de la misma cualitativamente rebajando su valor, se comprende muy bien que el establecimiento de una servidumbre sobre la finca común, sólo puede hacerse por *quien* es su verdadero propietario: la comunidad.

En los dos párrafos siguientes del art. 597 se desarrolla en cierto modo la misma doctrina, partiendo de las hipótesis posibles de la copropiedad. Como para establecer la servidumbre en la finca común se requiere el consentimiento de los copropietarios todos, el artículo aclara indirectamente cómo puede obtenerse este consentimiento: no hace falta que sea *simultáneo*; puede ser sucesivo, cada partícipe puede comprometerse *por* y *para sí*; pero la finca no queda gravada sino cuando el último de los partícipes hubiera consentido en ello. El compromiso adquirido por un copropietario no se anula porque los demás no consientan, sino que, una vez adquirido aquél, si al fin los copropietarios consintieren, el compromiso primero obliga al que lo hubiese pactado y á sus sucesores, aunque lo sean á título particular, por cuanto no *pueden impedir el ejercicio del derecho concedido*, y aun más, si los otros copropietarios *tolerasen* el ejercicio del derecho concedido, el concedente y sus sucesores no tendrán contra el concesionario acción alguna.

Del art. 597 se infiere, por su silencio y porque la concesión de la servidumbre puede hacerse sucesivamente por cada copropietario, que la servidumbre se podrá establecer en virtud de diversos títulos: uno de los partícipes, por ejemplo, puede consentir á título lucrativo, otro á título oneroso: en rigor, la indivisibilidad de la servidumbre no es un obstáculo al concurso de múltiples y diversos títulos constitutivos (1).

---

(1) Pacifici Mazzoni, *Servitù prediali*, pág. 103.

Por supuesto, la condición indispensable del art. 597 es la de que la finca esté *proindiviso;* si se trata de una finca en la cual varias personas tienen diversas partes, ciertas y determinadas, cada propietario puede establecer en su *parte* las servidumbres que quiera y de que la finca sea susceptible.

El Código nada dice en cuanto á la capacidad civil necesaria para poder establecer la servidumbre voluntaria; no hace falta: la servidumbre es acto de enajenación; luego pide la capacidad civil necesaria para enajenar, esto es, para *transmitir* la propiedad, sea por actos *intervivos*, sea por *testamento.*

Como advierte el Sr. Sánchez Román (1), es de notar que el Código civil habla de *propietarios*, refiriéndose sólo al predio *sirviente*, y nada dice respecto del predio dominante. En su virtud, se pregunta: ¿será válida la servidumbre voluntaria establecida en favor de un predio por persona distinta del propietario de él? Estamos conformes con el referido autor. Entendemos que sí, pero siempre que el propietario verdadero lo acepte, llegado el caso. Abona esta solución: 1.°, el silencio del Código; 2.°, lo dispuesto en el art. 1302, aplicable por analogía, y el cual dispone «que las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellas con quienes contrataron», y 3.°, porque la servidumbre se establece directamente, no en beneficio de una persona, sino del predio mismo. Véase, no obstante, la doctrina que en contrario sienta la Resolución citada de 18 de Febrero de 1893.

ARTÍCULO 598

El título y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente. En su defecto, se regirá la servidumbre por las disposiciones de este título que le sean aplicables.

Antecedentes.—No los encontramos definidos y concretos para este artículo. Contiene, en efecto, un principio general del derecho

(1) Obra citada, tomo 3.°, pág. 649.

con estricta aplicación al *régimen jurídico* del contenido de la servidumbre: *Si quod nominatim convenit: hoc servabitur: legem enim contractus dedit;* ley 23, *de regulis juris*. El art. 598 es análogo al 542 del proyecto de 1851, y está tomado del 602 del de 1882.

Concuerda con el último párrafo del art. 686 del código francés, con el último párrafo también del 618 del italiano y art. 884 del de Chile.

No requiere el art. 598 largos comentarios. Como queda dicho, su contenido expresa, en fórmulas concretas aplicables á las servidumbres, principios generales del derecho mil y mil veces proclamados por la jurisprudencia de los tribunales. Si la servidumbre hubiere sido establecida por título expreso, ha de atenderse al título para fijar el régimen de las relaciones entre el predio dominante y el sirviente (véase el art. 1255 del código respecto de los contratos). La voluntad expresa de las partes que *pueden* y hasta dónde *pueden* gravar con la servidumbre la finca propia, manifestada aquélla en un convenio ó pacto, ó bien en un testamento, es ley de la servidumbre en primer término; por supuesto, con la salvedad del respeto debido á las leyes y al orden público, según resulta del art. 594. Si no hubiere título constitutivo de la servidumbre, ésta ha de regularse por la posesión, al tenor del artículo 547, según el cual, «la forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera». Por último, lo que ni en el título ni por la posesión se hubiere regulado, se regulará por las disposiciones del presente título: claro es, en lo que le sean aplicables. El título, la posesión y las disposiciones del Código civil, no han de entenderse aplicables sólo de un modo sucesivo en totalidad. Una servidumbre puede estar constituída por un título, pero éste no siempre contendrá el régimen jurídico de aquélla; pues bien: los defectos del título se subsanarán por la posesión, y los defectos de ésta por lo que se desprenda de la naturaleza de la servidumbre, definida por el Código en los artículos correspondientes del tít. 7.°, libro 2.° del mismo.

ARTÍCULO 599

Si el dueño del predio sirviente se hubiere obligado, al constituirse la servidumbre, á costear las obras necesarias para el uso y conservación de la misma, podrá librarse de esta carga abandonando su predio al dueño del dominante.

Antecedentes.—Ley 13, párrafo 1.°, tít. 3.°, libro 8.° del Digesto. El art. 599 es casi igual al párrafo último del art. 543 del proyecto de 1851, reproduciendo el 600 del de 1882.

Concuerda este artículo con el 699 del código francés, 643 del italiano, 489 del de Vaud, 736 del de Holanda, 829 del de Chile—que dice: abandonando la *parte del predio* sometida á la servidumbre,—1149 del de Méjico, 601 del de Uruguay, etc.

El comentario del art. 599 debe empezarse relacionándole con otros artículos del Código. Supone, en virtud de la facultad de las partes que implican los artículos 594 y 598, una rectificación posible de los preceptos generales del art. 543. El contenido total del art. 599 se resuelve en un modo especial de originarse la extinción de la servidumbre, *por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y del sirviente*—consolidación (art. 546, núm. 1.°).—Para la recta interpretación del referido artículo, es preciso explicar dos cosas tan sólo: 1.°, ¿qué es lo que el legislador ha querido decir al afirmar que podrá librarse el dueño del predio sirviente de la carga que suponen las obras, para el uso y conservación de la servidumbre, abandonando *su predio* al dueño del dominante? 2.°, ¿qué alcance y significación tiene la palabra *abandonando?*

En cuanto á la primera, el Sr. Goyena nos dice: el punto de si será preciso que el dueño del predio sirviente abandone *toda la finca* ó bien bastará que abandone *la parte por la que se usa ó ejerce la servidumbre,* tan discutido en derecho francés, no debe serlo en el español: «según el espíritu y latitud que la Comisión—

y como la Comisión de 1851 nuestro Código actual—dió á este artículo, la servidumbre pesa *habitualmente* sobre toda la finca, aunque su uso ó ejercicio *actual* se concrete á lugar determinado para que sea menos gravosa» (1); lo cual no siempre es exacto, pues la servidumbre no debe ocupar más parte del predio ni gravar á éste, sino en cuanto su destino lo exija: indicación que no obsta para que, si el Código no fijara términos amplios, ocurriera lo que el mismo Sr. Goyena dice, esto es: «que á veces podía hacerse ilusoria la obligación». En rigor, el Código civil está explícito; dice así: *su predio*; luego aunque la exigencia parezca al pronto injusta, y no siempre conforme á las necesidades de la servidumbre, lo cierto es que si el dueño del predio sirviente quiere librarse de la carga á que se refiere el art. 599, *deberá abandonar* SU PREDIO. Pero el Código no dice más que *su predio*. Ahora bien: ¿cuál es? ¿*todo* el predio íntegro, por grande que sea al constituirse la servidumbre? No lo creemos. El dueño de una finca sobre que pesa una servidumbre puede muy bien dividirla y enajenarla en partes, siempre que respete la integridad de la servidumbre. De suerte que si, por ejemplo, después de constituída una servidumbre, el dueño del predio sirviente vendiese todas las partes del mismo que en nada se rozasen materialmente con la servidumbre, hasta el punto de que ésta no resultase perjudicada absolutamente en nada, por la división de los trozos de terreno que el propietario hiciese del referido predio sirviente, éste se pondría en las condiciones jurídicas del art. 599 con *abandonar* lo que del predio hubiese quedado, como supuesto material indispensable al buen uso y pleno ejercicio, y goce no cercenado, de la servidumbre (2).

Y vamos á la segunda cuestión formulada. ¿Bastará el *abandono* tácito del predio por parte del dueño del predio sirviente para llegar al efecto del art. 599? «¿Puede entrar, pregunta muy oportunamente el Sr. Navarro Amandi, en la propiedad de uno, sin su conocimiento, sin su aceptación, una finca?» Realmente, la

(1) Obra citada, tomo 1.°, pág. 468.

(2) Véase Sánchez Román, obra citada, tomo 3.°, págs. 648 y 649.

propiedad de un inmueble no puede pasar de un dueño á otro así, sin más y *desde luego;* el abandono tácito, ó aunque sea expreso, sin solemnidad alguna, no cabe; para que se produzca la transmisión á que el art. 599 se refiere, será preciso, pues, que el abandono ó cesión se haga en debida forma jurídica, y según las formalidades exigidas para la transmisión de la propiedad inmueble.

ARTÍCULO 600

La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo por concesión expresa de los propietarios, que resulte de contrato ó de última voluntad, y no á favor de una universalidad de individuos y sobre una universalidad de bienes, sino á favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados.

La servidumbre establecida conforme á este artículo se regirá por el título de su institución.

Antecedentes.—En el derecho patrio no encontramos disposiciones claras y terminantes relativas á las condiciones con que puede establecerse la comunidad de pastos, con la servidumbre que implica, análogas á la del art. 600. El reconocimiento de la posibilidad de la imposición del pasto para el ganado como gravamen en finca ajena, está explícito en la ley 6.ª, tít. 31 de la Partida 3.ª, sin que allí tenga el carácter de comunidad de un modo decidido. Pero, como se ve, á lo que el art. 600 se refiere no es al contenido jurídico-económico de la servidumbre, sino á las condiciones formales en que en adelante habrá de establecerse. Ahora bien: la determinación de estas condiciones, al modo como el art. 600 lo hace, no tiene precedentes calificados en nuestro derecho. La *tendencia* que acusa, como manifestación del sentido individualista á que la organización de la propiedad inmueble ha querido acomodarse en nuestro siglo, como reacción en contra de los grandes privilegios concedidos á determinadas industrias y goces señoriales y comunes, tiene sí muy interesantes precedentes, especialmente en algunas le-

yes recopiladas, y sobre todo, en el decreto de las Cortes de Cádiz de 8 de Junio de 1813 y en la ley de 23 de Noviembre de 1836. Deben consultarse también la Real orden de 11 de Febrero de 1836, aclaratoria de otras, con más las de 8 de Enero de 1841 y 13 de Febrero de 1856.

El art. 600 es igual al 604 del proyecto de 1882.

En este art. 600 se habla de *comunidad* de pastos, al señalar las condiciones de la institución jurídica (§ 1.º). Ahora bien: esto, y la naturaleza misma del fenómeno jurídico, ha suscitado la cuestión de si se trataba de un caso de comunidad de bienes, ó bien de una servidumbre. El Código naturalmente, á pesar de la expresión empleada, conceptúa la comunidad de pastos como comunidad de bienes, pero al propio tiempo como servidumbre (véase el párrafo 2.º del art. 600 y el 603), y puede decirse que en esto anda el Código muy ajustado á las exigencias de la lógica. El hecho de que uno ó varios propietarios de ganados lleven á apacentar éstos á predio ó predios ajenos, implica una forma de comunidad de bienes—el predio ó los predios de uno ó varios propietarios se aprovechan en común para la utilización del pasto;—pero á la vez esta comunidad—que, en rigor, como el derecho musulmán admite, hay en toda servidumbre—se resuelve en una servidumbre *pecoris pascendi*, á saber, el derecho á apacentar los ganados en el prado de otro, y por tanto, gravamen impuesto en predio ajeno, en beneficio de una persona para que ésta pueda conducir á él sus ganados con el objeto de apacentarlos; servidumbre, como se ve, impuesta á favor de una persona al tenor del art. 531 del Código civil. Y la servidumbre resulta en las dos formas bajo que la comunidad de bienes puede aparecer. En efecto, si se trata del derecho que un particular reconozca á otro para que éste pueda apacentar sus ganados en su predio—el caso estricto de la *servitus pecoris pascendi*,—la servidumbre es clara. Pero también lo es, en el caso de verdadera comunidad de pastos establecida, por ejemplo, entre *todos* los vecinos de un pueblo, para que *todos* puedan apacentar sus ganados en *tales* ó *cuales* predios—determinados y ciertos—de los mismos. Cada predio tiene entonces el gravamen que impli-

ca el que los ganados de los vecinos todos puedan pastar en él.

El art. 600, que da como supuesto el concepto de la *servitus pecoris pascendi*, ha de considerarse como aclaratorio de las condiciones formales de la misma, al efecto de poner término á la indeterminación y vaguedad en que la materia se encontraba antes, merced al influjo de una tradición de privilegio, y especialmente, merced á lo encontrado y poco preciso de las disposiciones vigentes sobre comunidad de pastos, á causa del contrario criterio que ha reinado en este punto, en favor ó en contra de la ganadería ó de la propiedad territorial dedicada á la agricultura (libre cultivo). Dicho artículo viene en definitiva á conformarse con el espíritu manifestado en el art. 1.° del decreto de las Cortes de 6 de Junio de 1813 y también con las repetidas declaraciones de doctrina del Tribunal Supremo, cual puede verse formulado, entre otras, en la sentencia de 19 de Abril de 1888, en cuanto á la existencia del dominio completo, y en las de 26 de Noviembre de 1864 y 14 de Abril de 1866, respecto al modo de demostrar la existencia y límites de la servidumbre de pastos (véase el párrafo último del artículo 600).

En este artículo mira el legislador hacia el porvenir. Presupone y respeta—ya veremos hasta qué punto en los artículos 602 y 603—las formas vagas é indeterminadas que pueda haber existentes de la comunidad de pastos, y advierte que en *lo sucesivo* dicha comunidad—esto es, la servidumbre ó gravamen de los pastos—ha de establecerse: 1.°, por concesión expresa de los propietarios en contrato ó por última voluntad—esto es, por título, no por prescripción:—2.°, *á favor de determinados individuos*—personas ciertas, no una universalidad de individuos;—y 3.°, *sobre predios ciertos y determinados*—esto es, no sobre una universalidad de bienes.—Lo que aquí se persigue como primer propósito de la sección, es que el *predio sirviente* sea cierto: *tal* predio, y que la persona ó personas á favor de quien se establezca la servidumbre sean conocidas; sólo tales personas, designadas *expresamente* haciéndose todo por el concurso *expreso* del dueño ó dueños cuyos predios han de sufrir las cargas. Y no sólo esto: el régimen jurídico del contenido de la servi-

dumbre de pastos no está regulado por el art. 598; la servidumbre de pastos, dice el art. 600, se regirá por el título de su institución, no por el modo resultante de la prescripción, que no es modo de constitución. Claro es, si el título fuese insuficiente, será preciso acudir á las disposiciones del tít. 7.° del libro 2.° del Código en cuanto le sean aplicables.

ARTICULO 601

La comunidad de pastos en terrenos públicos, ya pertenezcan á los Municipios ya al Estado, se regirá por las leyes administrativas.

Antecedentes.—De antiguo se viene legislando en la esfera propia del derecho administrativo, acerca de la comunidad de pastos en terrenos públicos, propios y comunes. En el concepto de antecedentes del art. 601 deben citarse la Real provisión de 26 de Mayo de 1770 (ley 17, tít. 23, libro 7.° de la Nov. Recop.); las Reales órdenes de 30 de Mayo de 1842, 8 de Enero de 1841, 2 de Mayo de 1854, 3 de Enero de 1860, 6 de Febrero y 19 de Junio de 1875; la ley Municipal de 1877 y la ley de 8 de Mayo de 1888.

Este art. 601 es igual al art. 605 del proyecto de 1882. Es una traducción casi literal del art. 2263 del código portugués.

El comentario de este art. 601, si lo quisiéramos hacer todo lo amplio que exige el total complemento que pide, tendría que ser demasiado extenso, dadas las proporciones normales de estos trabajos de crítica legislativa. Limitarémonos, pues, á una breve indicación, encaminada á orientar al lector que consulte tal artículo para su aplicación práctica. El punto de vista más importante del art. 601, es el establecimiento de un régimen legal distinto del señalado en el art. 600 para las comunidades de pastos en terrenos *públicos*. El régimen de las comunidades de pastos en terrenos *particulares que en adelante se establezcan*, será el del título de su institución: el de las *establecidas* en terrenos públicos las leyes administrativas.

Ahora bien: y ¿cuáles son éstas? Según. Las comunidades de

pastos en terrenos públicos del municipio tienen su régimen bien definido en la ley Municipal de 1877, cuyos arts. 26, 75, 80, 81 y siguientes, 90 y siguientes hasta el 96 se deben consultar, en consonancia con lo que dispusieren las ordenanzas municipales y con las disposiciones de carácter general aplicables, citadas en los antecedentes. Si se trata de terrenos provinciales ó del Estado, será preciso acudir á las disposiciones administrativas de carácter general, muchas de las cuales pueden verse también citadas en las precedentes de este artículo.

ARTICULO 602

Si entre los vecinos de uno ó más pueblos existiere comunidad de pastos, el propietario que cercare con tapia ó seto una finca, la hará libre de la comunidad. Quedarán, sin embargo, subsistentes las demás servidumbres que sobre la misma estuviesen establecidas.

El propietario que cercare su finca conservará su derecho á la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas.

ARTÍCULO 603

El dueño de terrenos gravados con la servidumbre de pastos, podrá redimir esta carga mediante el pago de su valor á los que tengan derecho á la servidumbre.

A falta de convenio, se fijará el capital para la redención sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos, regulado por tasación pericial.

Antecedentes.—Respecto del primero de estos dos artículos, pueden estimarse tales el decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813, cuando declara que «todas las dehesas y demás tierras de dominio particular se declaran desde ahora cerradas y acotadas, y sus dueños ó poseedores podrán cercarlas sin perjuicio de las cañadas, caminos y demás servidumbres». Este artículo reproduce el 509 del proyecto de 1851 y el 608 del de 1882. *Concuerda* la primera

parte con los arts. 647 de los códigos francés y belga, 436 del de Vaud, 679 del holandés, 555 del de Uruguay, etc. La segunda parte mantiene, como veremos, un criterio contrario al que suelen mantener los códigos extranjeros (véase el art. 648 del código francés, entre otros).

Y en cuanto al segundo, la ley de 15 de Julio de 1866. Está tomado del art. 607 del proyecto de 1882. *Concuerda* con el artículo 2266 del código portugués.

Los dos copiados artículos contienen los dos modos legales y forzosos de extinguir la comunidad de pastos y por ende de liberar á la finca ó fincas gravadas con la servidumbre que dicha comunidad supone, de semejante carga. Redactados bajo el influjo mismo á que responde el art. 600 encamínanse á impedir la perpetuidad de la comunidad, facilitando la redención y evitando que el estado de indivisión sea permanente.

Considerados juntamente estos dos artículos, se impone el examen previo de dos cuestiones de cierto interés práctico:

Primera. Estos dos artículos, ¿son aplicables sólo á la comunidad y servidumbre de pastos que se establezcan en lo sucesivo, al tenor explícito del art. 600, ó bien á toda la comunidad y servidumbre, sea cual fuere la fecha y forma de su establecimiento? Los comentaristas no están unánimes en la solución que estiman justa. Algunos opinan—especialmente respecto del art. 602—que se trata en ellos del desarrollo del régimen jurídico nuevo, iniciado en el art. 600, que mira sólo á las comunidades y servidumbres que en lo porvenir se establezcan. Pero, aparte de que el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de Noviembre de 1892, de la cual nos ocupamos al comentar el art. 335, aplica el art. 603 á comunidad anterior á 1.° de Mayo de 1889, los que tal opinan olvidan el espíritu que informa esta parte del Código civil, espíritu contrario á la indivisión que la comunidad de pastos supone. Realmente, con el art. 600 poco lograría el legislador en el camino de sus aspiraciones, si no estuvieran además los arts. 602 y 603, que vienen á facilitar la terminación del estado de confusión de la comunidad de bienes, por los medios que á los dueños de los predios gravados

con la servidumbre de pastos ofrecen para librarlos de semejante carga.

Segunda. Estos artículos, que, como se ve, contienen *dos modos* de extinguir una servidumbre, ¿han de considerarse como modos *alternativamente* aplicables, á voluntad del propietario del predio gravado con servidumbre de pastos, ó bien se refiere cada artículo á una *forma distinta* de las dos, bajo que la comunidad y servidumbre de pastos puede ofrecerse, según hicimos notar al comentar el art. 600? Autor tan respetable como el Sr. Sánchez Román, estimando en nuestro concepto el espíritu del legislador tan resueltamente contrario á la comunidad de pastos como el párrafo último revela, opina que, en efecto, son alternativos; pero nosotros creemos que no, y nos fundamos en lo siguiente: 1.°, en la diferencia de los términos empleados por el Código para conceder el derecho á concluir con la comunidad en el art. 602 y en el 603. En el 602 habla de «los vecinos de *uno ó más pueblos*» entre los que «*existiere comunidad de pastos*», mientras en el 603 se refiere al «*dueño* de terrenos *gravados con la servidumbre de pastos*». Evidentemente, en el primer artículo se trata del caso de una comunidad de pastos *recíproca,* esto es, de varios propietarios de fincas que consientan en que en ellas pasten indistintamente sus ganados, forma la más general en los pueblos de la montaña, mientras en el segundo se trata del *derecho de un dueño de ganados á apacentar éstos en* terreno ajeno; 2.°, en el distinto carácter de la liberación. En el art. 602, un vecino se sale de una comunidad recíproca; en el segundo priva á un particular de un derecho adquirido: en el primer caso se trata de la *disolución de una comunidad por sus partícipes;* en el segundo de la *redención de una carga.* Por otra parte, si ambos artículos se aplicasen á voluntad del dueño del predio gravado, realmente el de la redención resultaría la mayoría de las veces ilusorio.

En el art. 602 se confirma en parte, y en parte se rectifica mediante una excepción, el art. 388 del Código civil. Reconoce éste en todo propietario el derecho de cerrar ó cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas ó setos vivos ó muertos, ó de *cual-*

quier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituídas sobre las mismas, y el 602 reconoce en el vecino cuyos predios estuvieran dentro de una comunidad de pastos el derecho á librarse de la comunidad, y por ende de la servidumbre de pastos, si cerca *con tapia ó seto* su finca. Las condiciones indispensables aquí, son: 1.º, que haya comunidad de pastos entre los vecinos *de uno ó más pueblos*; 2.º, que el que quiera librarse de la comunidad, cerque su finca con *tapia ó seto:* no basta indicar el límite: amojonar, v. gr. La disposición está inspirada en el espíritu ya señalado varias veces por el legislador, espíritu que llega á su completa expansión, quizá abusiva, en el párrafo último del art. 602, en el cual, el que se sale de la comunidad por el cerramiento de su finca, conserva su derecho á la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas. El Sr. Goyena explicaba esta anomalía jurídica diciendo: «aunque la comunidad y facería son una especie de sociedad, y parece justo que el que retira su parte no pueda aprovecharse de la de los otros, ha prevalecido el interés á favor de la agricultura, cifrado en que se cerquen las heredades, y se ha dejado este premio ó estímulo para conseguirlo».

Después de lo dicho más arriba, pocas palabras hemos de dedicar al art. 603, relativo al modo de redimir el dueño del predio sirviente la carga que impone la servidumbre de pastos. Trátase de librar á una finca de una carga que se traduce en un derecho personal de otro. La ley quiere la propiedad libre en lo posible, pero la quiere sin lesionar los derechos adquiridos, y al efecto establece la redención en la forma que indica el párrafo último del art. 603: esto es, si hubiese convenio previo, esto es, pacto, de donde arrancase la servidumbre, la redención se ajustará á lo que en el convenio se hubiese dispuesto; en otro caso, se fijará el capital para la redención sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos, regulado por tasación judicial.

ARTÍCULO 604

Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable á las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular.

Está tomado este artículo del 604 del proyecto de 1882.

El Código comprende en el concepto de servidumbres los aprovechamientos á que una persona puede tener derecho respecto de los productos de un monte ajeno. Después de todo, la relación jurídica—como en el derecho aragonés—que esta forma del aprovechamiento del monte ajeno implica, es de la misma naturaleza que la que supone la servidumbre de pastos. El legislador, por otra parte, ve en estas servidumbres un obstáculo á la manifestación libre de la propiedad, y en su tendencia individualista, se inclina á facilitar la integración de la propiedad territorial procurando la redención de las cargas que aquellas servidumbres suponen. A este fin hemos visto que responde el art. 603, y á este mismo fin responde también el art. 604.

Pudiéramos ampliar este comentario—saliéndonos, en rigor, de la cuestión—resumiendo aquí los conceptos que la legislación especial de montes contiene, y de los cuales es preciso inducir la determinación del monte de propiedad particular, de la libertad con que los particulares pueden disponer de los usos y aprovechamientos de que los montes son susceptibles, libertad de donde dimana, con arreglo al art. 594, la posibilidad que tiene el propietario de establecer sobre ella las servidumbres que bien le parezca; pero, repetimos, que para esto tendríamos que salirnos de la cuestión. Por otro lado, casi toda la doctrina expuesta al comentar el art. 600 á 603 es aplicable, en definitiva, á las servidumbres que el art. 604 permite redimir.

TÍTULO VIII

DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

CAPÍTULO ÚNICO

ARTÍCULO 605

El Registro de la propiedad tiene por objeto la inscripción ó anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

ARTÍCULO 606

Los títulos de dominio, ó de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos ó anotados en el Registro de la propiedad, no perjudican á tercero.

ARTICULO 607

El Registro de la propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles ó derechos reales anotados ó inscritos.

ARTICULO 608

Para determinar los títulos sujetos á inscripción ó anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas,

la manera de llevar el Registro y valor de los asientos de sus libros, se estará á lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

Un extenso comentario de estos artículos abarcaría varios tomos. Por otra parte, la inmensa mayoría de los artículos de la ley Hipotecaria vienen á ser el desenvolvimiento de los principios que el Código contiene, y creemos que á nada conduce copiarlos en este lugar.

Desde el momento en que nuestro Código ha preferido dejar subsistente ese monumento legislativo (que tan falto se halla de reparaciones) y referirse á él, el estudio de los preceptos de la ley Hipotecaria ha de buscarse en una obra especialmente dedicada á ese objeto. Cuanto aquí dijéramos sería inútil, porque después de dar á esta obra una extensión que no puede tener, el trabajo resultaría forzosamente incompleto, y no podría evitar la necesidad de acudir á tratados especiales.

La ley Hipotecaria no se ocupa solamente de los títulos sujetos á inscripción ó anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros; pero el art. 608 sólo á esos particulares debió referirse. La idea del Código en los art. 605 y 608 es solamente hacer constar que, así como hay un Registro donde se anotan todos los actos relativos á la personalidad (objeto de su libro primero), existe también otro Registro donde se anotan todos los actos que afectan á la propiedad (objeto de los demás libros, especialmente del segundo), y que respecto á este Registro hay una ley, cuyos preceptos son los que deben aplicarse.

Los artículos 606 y 607, á su vez, sientan principios fundamentales de esa ley, no siendo más que una repetición de los artículos 23 y 279 de la misma. Vienen á llamar la atención sobre dos puntos de excepcional importancia: uno que limita los efectos de la inscripción á las relaciones entre terceros, otro que proclama la publicidad del Registro.

Al comentar el art. 462, y relacionar la materia de la posesión

en el derecho civil con la posesión en la ley Hipotecaria, explicamos ya dentro de los límites asignados á esta obra el alcance de los artículos 23, 27, 77 y 396 de dicha ley. En otro lugar tendrá cabida la materia referente á las anotaciones preventivas. Y como además hemos procurado y habremos de tener cuidado de relacionar el estudio de cada derecho con los preceptos de la ley Hipotecaria, examinando además las modificaciones que á la doctrina de esta ley impone el Código civil en algunos de sus artículos, no juzgamos necesario descender á más detalles en este lugar.

FIN DEL TOMO CUARTO

ÍNDICE DEL TOMO CUARTO

LIBRO SEGUNDO

De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones.

(Continuación.)

FIN DEL ÍNDICE